



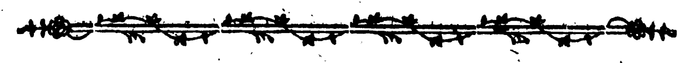
Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechszehnten Theils erste Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1814.



Lib. XVIII. Tit. I.

De contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt.

§. 972.

Ursprung und Begriff des Kaufcontracts. Wesentliche Stücke desselben.

Der vierte Consensual-Contract ist der Kauf, unstreitig einer der ältesten Contracte [1]). Er leitet, sage Paulus *L. 1. pr. D. h. t.* [2]) seinen Ursprung vom Tausche

1) S. *Franc.* DUARENUS ad h. Titulum Comm. in *Operib.* pag. 1017. sqq. *Io.* D'AVEZAN Tr. de emtione et venditione. Lib. Contractuum II. Tract. 1. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. p. 78. sqq.) *Rob. Ios.* POTHIER Traité du contrat de vente. a *Paris* 1768. Nouv. edit. par Mr. BERNARDI. *Paris* 1806. gr. 8. und Ernst Christ. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinscontract. Leipzig 1789. 8.

2) Ueber die L. 1. *h. t.* haben vorzüglich commentirt *Iac.* CUJACIUS in Commentar. postum. ad Pauli libr. 33. ad Edictum. *Io. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. VII, cap. 1. (*Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 308. sqq.) FERANDUS ADDUENSIS Explication. Lib. I. cap. 19. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag.

sche her. Denn Anfangs hatte man noch kein Geld [3]). Den Unterschied zwischen Preis und Waare kannte man damals noch nicht. Jeder tauschte das, was er brauchte, gegen Etwas, was er für sich entbehren konnte, nach Zeit und Umständen ein. Allein ein solcher bloßer Tauschhandel fand nicht selten Schwierigkeiten. Demjenigen, welcher die Waare hatte, die man brauchte, war oft mit der Sache nichts gedient, die man ihm dagegen zum Tausch anbot; oder er war der Sache, welche man von ihm verlangte, eben so wohl benöthiget. Es war auch oft sehr schwer, über die Quantität und Qualität jeder Waaren sich zu vergleichen. Um diesen Schwierigkeiten abzuhelfen, kam man endlich auf die Erfindung, eine gewisse Materie, wozu man Metall wählte, zum allgemeinen Maasstabe des Sachenwerths anzunehmen, und durch öffentlich beglaubigte Bezeichnungen in Umlauf zu setzen [4]). Ein solches geprägtes

pag. 526. sqq.) *Emund.* MERILLIUS Observation. Lib. VIII. cap. 35. *Balth.* BRANCHU Observation. ad ius Rom. Dec. II. (*Lugd. Batav.* 1723. 8.) cap. 11 — 13.

3) Paulus sagt: *Olim enim non* ITA *erat nummus.* Das heißt nullus omnino erat nummus. Es ist dies keine ungewöhnliche Figur in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten, daß sie mehr zu sagen scheinen, als sie verstanden wissen wollen. Man sehe *Io. Vande* WATER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 12. pag. 342. Allein POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. I. not. a. hält das ITA für überflüßig.

4) Anfangs bediente man sich blos des rohen Metalls, welches man im Handel und Verkehr einander zuwog. Man nennte dieses aes grave. S. PERIZONII Diss. de aere gravi. Nachher erst fing man an, das Metall zu prägen, und ihm Form und Werth zu geben. Bey den Griechen soll zuerst Phido Argivus,

prägtes Metall nannte man νόμισμα, *nummus*, **Münze**, **Geld**; und da solches seinen Gebrauch nicht sowohl durch die Materie erhält, woraus es besteht, als vielmehr durch den ihm beygelegten öffentlichen Werth [5]); so war jetzt nicht nur der Verkäufer der Mühe überhoben, die Quantität und Qualität desjenigen, was ihm für seine Waare angeboten wurde, zu untersuchen, sondern man fand nun auch, da man das Geld zu einer Waare von allgemeiner Nutzbarkeit gemacht hatte, den geneigten Verkäufer bey-

 jedem

givus, bey den Römern aber der König **Servius Tullius** geprägtes Metall eingeführt haben. S. PLINIUS *Hist. Nat.* Lib. VII. c. 56. und Lib. XXXIII. c. 3. Zuerst prägte man einen Ochsen oder ein Schaf, als das Kennzeichen des Werths, auf die Münze. Daher entstand die Benennung *pecunia* von pecus. VARRO *de re rustica* Lib. II. circa init. Man sehe auch BRANCHU Observat. Dec II. Cap. 12.

5) **Paulus** sagt: *Eaque materia forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate.* Es ist kein Grund vorhanden, hier von der Florentinischen Leseart abzugehen, und mit **Budäus** und andern, statt quantitate, *qualitate* zu lesen. Allen Zweifel hebt *L. 94.* §. *1. D de solut.* wo **Papinian** sagt: in pecunia non corpora cogitet, sed *quantitatem*. *Quantitas* heißt aber hier nicht sowohl Summe oder Gewicht, wie es FERRANDUS c. l. pag. 527. erklärt, noch numerus, wovon *Iac.* CURTIUS Εἰκαςῶν Lib. III. cap. 23. (in *Th. Otton.* Tom. V. pag 211.) das Wort *nummus* ableiten will, sondern der durch öffentliches Ansehen dem Gelde für immer beygelegte Werth. S. *Marqu.* FREHER Παρεργῶν s. Verisimilium Lib. I. cap. 14. (*Thes. Ottonian.* Tom. I. pag. 879.) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 12. nr. 2—4. und BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. II. cap. 13.

jedem Schritte [6]. Seit dieser Erfindung ward nun nicht mehr auf beyden Seiten dasjenige, was jeder Theil gab, Waare (merx) genannt; sondern nun unterschied man zwischen Waare und Preis, zwischen Käufer und Verkäufer; statt daß bey dem bloßen Tauschhandel jeder Theil gegenseitig Käufer und Verkäufer war. Zwar stritten anfangs, auch noch nach Einführung des Geldes, die römischen Rechtsgelehrten immer noch darüber, ob nicht der Handel, wobey von keinem Theile baar Geld gegeben worden, dennoch ein Kauf zu nennen sey? **Sabinus** und **Cassius** wollten ihn für einen Kauf halten. Ihr Grund war, weil auch etwas Anderes, als Geld, in gemeinem Handel einen bestimmten Werth haben könne. Sie bezogen sich auch auf das Zeugniß des **Homers**. Allein man gab der Meinung des **Nerva** und **Proculus** den Vorzug, welche das Geschäft richtiger, wie **Paulus** *L.* 1. § 1. *D. h. t.* lehrt, für einen Tausch hielten. Nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, sic aliud est *pretium*, aliud *merx*: quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit. Er bemerkt zugleich zur Widerlegung der entgegengesetzten Meinung, daß **Homer**, dessen Worte er anführt, nicht vom Kauf, sondern vom Tausche rede [7]. Seit Einführung des Geldes

6) S. ARISTOTELES πολιτικῶν Lib. I. cap. 6. und Joh. Ge. Büsch Abh. von dem Geldumlauf. 1. Th. 1. B. 1. Abschn. §. 7.

7) Ueberhaupt war das ganze Berufen auf Homer vergeblich, weil nach Plinius *Hist. nat.* Lib. XXXIII. cap. 3. zu Homers Zeiten zwischen Tausch und Kauf noch kein Unterschied war. Mehrere Rechtsgelehrten haben dennoch in neuern Zeiten die

des sind also Kauf und Tausch zwey ganz verschiedene Contracte, und es ist nun kein Kauf anders denkbar, als wenn eine Sache gegen einen bestimmten Geldpreis dem Andern überlassen wird. Eben dieses bestätiget auch **Justinian** §. 2. *I. h. t.* wo es heißt: Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in caeteris rebus an pretium esse posset, valde quaerebatur: veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse posset? Et *Sabinus* et *Cassius* etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud est, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emtionem et venditionem contrahi: eamque speciem emtionis et venditionis vetustissimam esse: argumentoque utebantur graeco poëta *Homero*, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus. — Diversae scholae auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emtionem et venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data esse: nam utramque videri et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed *Proculi* sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus, a venditione separatam, merito praevaluit: cum et ipse aliis Homericis

die Meinung des **Sabinus** und **Cassius** zu vertheidigen gesucht. Ich nenne den SALMASIUS de usuris cap. 13. VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. h. t. BRANCHU Observat. Decad. II. cap. 11. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 2. I. h. t. nr. 3. Allein man sehe dagegen *Gottfr.* MASCOVII Diatriba de Sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure civ. Cap. IX. §. 3—5. und *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 4.

cis versibus adjuvabatur, et validioribus rationibus argumentabatur: quod et anteriores divi Principes admiserunt [8]), et in nostris Digestis latius significatur. Der Kauf, *emtio et venditio* [9]), oder Kaufcontract

8) Es wird hier unstreitig die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian *L. 7. Cod. de rerum permutat.* gemeint.

9) In den ältern Gesetzen, namentlich den Gesetzen der 12. Tafeln, ward unter dem Wort *emtio* jede Art der Veräusserung begriffen, sie mochte unter den Lebenden oder auf den Todesfall geschehen seyn. So lehrt Pomponius *L. 29. §. 1. in fin. D. de Statuliberis.* Man sehe auch *L. 8. §. 11. D. Quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* Der Grund hiervon ist, weil sich die Alten fast bey jeder Art einer Veräusserung der Feyerlichkeit der Mancipation bedienten, um ein dominium legitimum oder quiritarium zu erwerben. S. *Ev.* OTTO Commentar. ad Princ. I. h. t. Wenn aber CUJACIUS in Observation. Lib. IX. cap. 15. behauptet, daß auch sogar die locatio et conductio unter jenem Ausdruck begriffen worden sey, so läßt sich dieses aus den von ihm angeführten *L. 19. et 20. D. de action. emti et venditi* nicht erweisen. Denn offenbar geht der Sinn dieser Gesetzstellen nur dahin, daß die Alten die Benennungen *emtio* und *venditio*, eben so wie die Benennungen *locatio* und *conductio*, als gleichbedeutend gebraucht, und mit einander verwechselt haben. So haben sie auch *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. IV. cap. 9. (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 235.) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 2. nr. 22. und *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 23. D. Locati §. 5. pag. 483. erklärt. Die Veränderung der Leseart in der *L. 20. D. cit.* wo Cujaz die Worte *Idem est* in *id est* verwandeln will, wenn sie auch gleich von *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 3. I. de locat. et cond. gebilliget worden, ist daher offenbar unnütz, und mit Recht von *Ant.* FABER

tract ist nun also derjenige Consensualcontract, da Jemand einem Andern eine Sache für einen gewissen, in baarem Gelde bestehenden Preis, zu übergeben verspricht, so daß dieser im ungestörten Besitz derselben bleiben soll. Daß immer ein wirkliches Eigenthum der Sache von dem Verkäufer auf den Käufer übertragen werde, ist nicht wesentlich nothwendig [10]. Zwar geht das Eigenthum unstreitig

BER in Rational. ad L. 20. D. de act. E. et Vend. *Abr.* WIELING in Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 10. pag. 36. und Westphal vom Kauf §. 8. S. 14. verworffen worden. Man sehe übrigens *Andr. Flor.* RIVINI Disp. de emtionis venditionis et alienationis natura ac differentia. *Ultrajecti 1726.* rec. *Lipsiae 1735* §. 1—4.

10) Es haben dieses schon längst *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XXIII. cap. 29. *Ger.* NOODT Probabil. Lib. II. cap. ult. *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap. 2. nr. 2. *Ios.* AVERANIUS Interpretat iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 22. *Corn. van* PYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 24. in fin. besonders *Io. van* NECK Diss. ad L. ult. D. de condict. causa data causa non secuta. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nova Dissertat. iuridicar. selectiss. in acad. Belgic. habitar.* Vol. II. Tom. II. pag. 394 sqq.) und nach ihnen *Io. Christ.* MANN Comm. iuris civ. de obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis. *Halae 1776.* 8. Cap. I. §. 6. und Gmelin und Elsäßer in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 2. B. Nr. I. §. 1. so gründlich ausgeführt, daß man sich billig wundern muß, wie dennoch Hellfeld mit seinem Vorgänger SCHAUMBURG in Compend. iuris Dig. h. t. §. 1. noch sagen konnte: EMTIO VENDITIO est contractus consensualis *de dominio rei* pro certo pretio alteri tradendo, nachdem auch schon *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. III. cap. 28. die offenbare Unrichtigkeit dieses Begriffs, welcher eben so auch bey mehreren ältern Rechtsgelehrten vorkommt, so klar vor Au-

streitig auch auf den Käufer über, wenn der Verkäufer Eigenthümer war, auch gilt der Vertrag nicht als ein Kauf, wenn verabredet worden, daß der Käufer nicht Eigenthümer werden solle [11]). Allein daraus folgt noch nicht, daß eine Uebertragung des Eigenthums zum Begriff und zur wesentlichen Gültigkeit des Kaufcontracts erfordert werde. Das Gegentheil lehrt **Ulpian** ganz deutlich, wenn er *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* sagt: Qui vendidit, *necesse non habet, fundum emtoris facere*; und es ist für

Augen gestellt hatte. Noch mehr aber muß man sich wundern, wenn in der neuesten Schrift über diese Materie, Westphal vom Kauf §. 1. noch sagt: der Kauf ist derjenige Vertrag, da man einem Andern eine Sache eigenthümlich zu überlassen verspricht, so daß dieser dagegen einen bestimmten in baarem Gelde bestehenden Werth geloben muß; ja wenn in dem neuesten an sich trefflichen System: Ius Romanum privatum idque purum, scripsit *Io. Christ. Frid.* MEISTER. Vol. I *Züllichau* 1813. §. 517. gelehrt wird. *Emtio venditio* est contractus nominatus, consensualis, bonae fidei, *de dominio rei alicuius in alterum transferendo* pro certo, quod in pecunia numerata consistit, pretio. Weit richtiger sagen dagegen BÖHMER in Introd. in ius Dig. h. t. §. 1. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. Dig. h. t. §. 2. und *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 535. EMTIO VENDITIO eo contractus consensualis, quo id agitur, *ut res s. merx pro certio pretio tradatur.* Hiermit stimmen auch *Iud. Thad.* ZAUNER Introd. in Dig. iuris civ. P. III. Lib. IV. Tit. 12. §. 1. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 855. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 473. und GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov. T. II. §. 951. überein.

11) L. 80 §. *ult. D. h. t.* Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.

für den Verkäufer schon genug, sagt Paulus [12], wenn er nur dem Käufer den Besitz der verkauften Sache einräumt, und ihn auf den Evictionsfall schadlos hält, auch sonst ohne Betrug bey dem Contract gehandelt hat. Wird die Sache nicht evincirt, so ist der Verkäufer weiter nicht verbunden. Daher gilt nicht nur ein Kauf über fremde Sachen, selbst ohne Einwilligung des Eigenthümers, unter den Contrahenten [13]; sondern ich kann zuweilen sogar über meine eigene Sache einen gültigen Kauf schließen, wenn mir nämlich blos daran gelegen ist, den Besitz zu erlangen, welcher dem Verkäufer daran zusteht, um die Vortheile des Besitzes zu genießen [14], wovon weiter unten

12) *L. 1. pr. D. de rerum permutat.* Emtor, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito. *Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si evicta res non sit, nihil debet.*

13) *L.* 28. *D. h. t.* Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est: *nam emtio est et venditio:* sed res emtori auferri potest. Hierdurch unterscheidet sich der Kauf vom Tauschcontract. Paulus giebt selbst diesen Unterschied an, wenn er *L.* 1. §. 3. *D. de rer. permutat.* sagt: alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. Zum Wesen des Tauschcontracts gehört also Uebertragung des Eigenthums. *L. ult. D. de condict. causa data causa non secuta.* *L. 1. pr. D. de rer. permutat.* *L.* 34. *pr. D. de auro et arg. legato.* Anderer Meinung ist zwar *Emund.* MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 13. allein sein Dispunctor, *Osius* AURELIUS ad Merillium. Dispunct. XXVIII. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 765. sq.) hat ihn hinlänglich widerlegt. Man sehe auch *van* NECK Disp. cit ad L. ult. D. de condict. causa data caus. n. sec. Cap. II. pag. 399. sq.

14) *L.* 34. §. 4. *D. h. t.*

unten §. 975. zu handeln seyn wird. Das Wesen des Kaufs, als Consensualcontract betrachtet, besteht also blos darin, daß der Verkäufer dem Käufer eine Sache gegen einen gewissen Preis übergeben, und diesem dafür stehen soll, daß er die Sache haben und behalten dürfe. Für die Wahrheit dieses Satzes bürgen uns noch folgende ganz unbezweifelte Gesetzstellen.

L. 11. §. 2. *D. de act. emti et vend.* Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, *tradere:* quae res, siquidem dominus sunt venditor, facit et emtorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat; si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem nummos venditoris facere cogitur.

L. 13. §. 3. *D. de iureiur.* Si quis iuraverit, *vendidisse* me ei rem centum, *ex emto* agere poterit, ut ei caetera praestentur, id est, *res tradatur, et de evictione caveatur.*

L. 3. *pr. D. de act. emti et vend.* Ratio *possessionis*, quae a venditore fieri debeat, talis est, *ut si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.*

L. 11. §. 13. *D. eodem.* Idem *Neratius* ait, venditorem *in re tradenda* debere praestare emtori, *ut in lite de possessione potior sit.* Sed *Iulianus* libro XV. Digestorum probat, nec videri *traditum*, si superior in possessione emtor futurus non sit. Erit igitur *ex emto* actio, nisi hoc praestetur.

L. 30. §. 1. *D. eodem.* Si *sciens* alienam rem *ignoranti mihi* vendideris, etiam, *priusquam evincatur*, utiliter

liter me *ex emto* acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam. Quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, *ut rem emtori habere liceat, non etiam*, UT EIUS FACIAT, quia tamen *dolum malum abesse* praestare debeat, teneri eum, *qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit.*

L. 188. *D. de verb. Signif.* HABERE duobus modis dicitur, altero iure dominii, altero, *obtinere sine interpellatione id, quod quis* EMERIT.

Man darf hier ja nicht übersehen, daß die römischen Gesetze zwischen *tradere* und *dare* einen sehr genauen Unterschied machen. Nur durch das letztere Wort bezeichnen sie eine wirkliche Uebertragung des Eigenthums. *Dari* cuiquam id intelligitur, quod ita datur, *ut eius fiat*, sagt Justinian §. 14. *I. de action.* und ganz dieser Erklärung gemäß bemerkt Ulpian *L.* 75. §. *ult. D. de Verb. Oblig.* Haec stipulatio: *Fundum Tusculanum dari*, ostendit se certi esse: continetque, *ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoque modo.* Das Wort *tradere* hingegen schließt nicht nothwendig eine Uebertragung des Eigenthums in sich, sondern nur Uebertragung des Besitzes. So lehrt uns Paulus *L.* 28. *D. eodem.* Si rem *tradi* stipulamur, *non intelligimur proprietatem eius dari stipulatori, sed tantum tradi.* Zwar hat es, wie auch in der oben angeführten *L.* 11. §. 2. *D. de act. E. et V.* ausdrücklich gesagt wird, an sich seine Richtigkeit, daß durch die Uebergabe das Eigenthum auf den Käufer übertragen wird, wenn der Verkäufer selbst Eigenthümer war; allein ein Jeder sieht auch von selbst ein, daß dieses keine Wirkung des Kaufs, sondern der Uebergabe ist, wozu der

Ver-

Verkäufer nur allein verbunden war, und welche bekanntlich das Eigenthum giebt, wenn sie von dem wahren Eigenthümer aus einer iusta causa praecedens geschieht [15]. Noch Eins darf ich nicht mit Stillschweigen übergehen, daß die Gesetze eine bloße *venditio* von der *alienatio* unterscheiden [16]; und unter dieser im eigentlichen Sinn eine solche Handlung verstehen, wodurch das Eigenthum cum sua causa auf den Andern übertragen wird [17]. Sie sagen es ausdrücklich, das Geschäft könne doch ein Kauf seyn, wenn auch keine Veräußerung geschehen ist [18]. Daß durch den Kauf der Verkäufer nur zur Uebergabe der Sache, und zur Evictionsleistung verpflichtet werde, aber nicht zur Uebertragung des Eigenthums [19], ist der diesem Contract durch die Civilgesetze beygelegten Natur so eigen, daß sogar eine ausdrückliche Verabredung, daß das Eigenthum der Sache dem Käufer gegeben werden solle, die Gränzen des Kaufs überschreiten, und in ein anderes Geschäft übergehen würde [20]. So lehrt

15) *L. 31. D. de acquir. rer. dom.* §. 40 *I. de rer. divis.*

16) *L. 67. D. de Verb. Signif.* ALIENATUM non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: VENDITUM tamen recte dicetur. Man sehe über diese Stelle die oben angeführte Diss. des Rivinus de emtionis vendit. et alienationis natura et diff. §. 2—4.

17) *L. 67. D. h. t. L. 1. Cod. de fundo dot.*

18) *L. 67. D. de Verb. Signif.*

19) Eben dieses giebt auch Westphal vom Kauf ꝛc. §. 72. und §. 164. selbst zu. Den Grund hiervon untersucht *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 25. §. 1. D. h. t. §. 10. pag. 661. sq.

20) S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 855. Sehr gründlich hat dieses ausgeführt *Io. van* HECK in Diss. cit. Cap.

lehrt uns wenigstens Celsus *L. ult. D. de condict. causa data causa non sec.* wenn er sagt: Dedi tibi pecuniam, *ut mihi Stichum dares.* Utrum id contractus genus *pro portione emtionis et venditionis* est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum: quod ideo tibi dedi, *ut mihi Stichum dares.*

Die wesentlichen Stücke eines Kaufs sind also 1) Einwilligung der Contrahenten. *L.* 1. §. *ult. D. h. t.* Est autem *emtio* iuris gentium, et ideo *consensu peragitur.* 2) Eine Sache, welche vermöge dieses Contracts dem Käufer übergeben werden soll. *L.* 8. *pr. D. h. t.* Nec emtio nec venditio *sine re, quae veneat,* potest intelligi. Man pflegt diesen Gegenstand gewöhnlich durch das Wort *merx* oder Waare zu bezeichnen. Allein dieser Ausdruck erschöpft den Gegenstand nicht. *Mercis* enim appellatio, sagt Ulpian *L. 66. D de verb. Signif.* ad res *mobiles* tantum pertinet. Es können aber auch sowohl unbewegliche, als unkörperliche Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyn [21]. 3) Ein bestimmter

Cap. II. pag. 396. sq. Anderer Meinung ist jedoch Hufeland im Lehrbuch des Civilrechts. §. 473. not. b. S. 190.

21) Diesem sind *L.* 1. *pr. D. h. t.* und L. 1. *pr. D. de rer. permutat.* nicht entgegen. Denn hier wollte Paulus nur den Unterschied zwischen Kauf und Tausch erklären; und dazu schienen ihm die Ausdrücke merx und pretium die schicklichsten zu seyn. S. RIVINUS Diss. cit. de emtionis venditionis et alienationis natura ac differ. §. 6.

ter oder bestimmbarer Preis [22]) §. 1. *I. h. t.* Nam nulla emtio *sine pretio* esse potest. Sed et *certum* esse *pretium* debet. Sind diese drey wesentlichen Stücke vorhanden, so ist der Kauf vollkommen, oder geschlossen, emtio est *perfecta.* Emtio et venditio contrahitur, sagt Justinian *Pr. I. h. t.* simul atque de pretio convenerit; quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Von dieser Vollkommenheit des Contracts hängt die verbindende Kraft desselben unter den Partheyen ab, so daß nun kein Theil, ohne Zustimmung des andern, wenn gleich es auch der Fiscus selbst wäre, wieder abzutreten befugt ist, gesetzt auch, daß der Zurücktretende das gegebene Angeld (arrha) [23]) zurücklassen, oder das erhaltene doppelt zurückgeben wollte.

L. 3. *Cod. de resc. vendit.* De contractu venditionis et emtionis *iure perfecto*, alterutro invito, *nullo recedi tempore bona fides patitur*: nec ex rescripto nostro. Quo iure fiscum nostrum uti, saepe constitutum est.

L. 6. *Cod. eodem.* Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet.

Diese rechtliche Wirkung des Kaufs tritt ein, wenn auch die Einwilligung noch von der Existenz einer suspensiven–

22) *L.* 7. §. 1. *et.* 2. *L.* 37. *D. h. t.* S. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 855.

23) Von der *arrha* wird §. 982. mit mehrerem gehandelt.

siven Bedingung [24]), oder die individuelle Bestimmung des Objects noch von einer Zuzählung oder Zumessung abhangen sollte [25]). Ein Anders ist es, wenn die Sache vor der Uebergabe ganz zu Grunde geht, und nun die Frage ist, wer die Gefahr trägt. Hier muß freylich der Kauf unbedingt geschlossen, und auf eine solche Art zu Stande gekommen seyn, daß nicht nur der Preis, sondern auch der Gegenstand des Contracts selbst in Ansehung des zu übergebenden Individuums vollkommen bestimmt ist [26]). Man unterscheide also ja die Perfection des Kaufs, welche die Wirkung der Uebertragung der Gefahr und mit derselben auch alles Nutzens der verkauften Sache auf den Käufer hat, von derjenigen Vollkommenheit des Contracts, von welcher blos die verbindende Kraft desselben abhängt [27]). Nur von der letztern ist hier die Rede, von der erstern wird Lib. XVIII. Tit. 6. ausführlicher gehandelt. Von der Perfection des Kaufs muß aber auf jeden Fall die Erfüllung desselben unterschieden werden [28]), von welcher weiter unten §. 988. die Rede seyn wird.

§. 973.

24) *L. 6. §. 2. D. h. t. L. 5. Cod. de obligat. et action.* S. BRÜSSEL de conditionibus Lib II. Tit. I. nr. I.

25) *L. 35. §. 5. D. h. t.* S. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.

26) *L. 8. pr. D. de periculo et commodo rei venditae.* S. Weber zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 872. Not. 1. S. 928.

27) Westphal vom Kauf §. 568. hat auch diesen Unterschied sehr genau angegeben.

28) In den Gesetzen wird jedoch der Ausdruck venditio *perfecta* zuweilen auch für implera genommen. *L. 5. Cod. de resc. vendit.* S. Westphal vom Kauf §. 774. a. E.

§. 973.

I. Einwilligung der Contrahenten. Betrug. Irrthum. Zwang. In wiefern vernichten sie den Kauf?

Das erste wesentliche Erforderniß des Kaufcontracts ist also die **Einwilligung der Contrahenten.** Wo diese sich nicht rechtlich annehmen läßt, da ist der Kauf nichtig [29]. Betrug, Irrthum und Zwang, insofern sie einen Vertrag überhaupt ungültig machen, stehen daher auch der Gültigkeit des Kaufs entgegen. Es muß nur I. der Betrug ein **Hauptbetrug** (dolus causam dans) seyn [30]. Ein bloßer **Nebenbetrug** (dolus incidens), wodurch nicht der Handel selbst veranlaßt worden ist, macht den Contract nicht ungültig, sondern begründet nur ein Recht, Entschädigung zu fordern [31]. Ueberhaupt finden hier die in der Lehre von Verträgen [32] vorgetragenen Grundsätze ihre vollkommene Anwendung. Eben so ist II. ein Kaufhandel nichtig, bey welchem ein **wesentlicher Irrthum** zum Grunde liegt. Dahin gehört 1) wenn der Irrthum den **Gegenstand** des Kaufs betrift, und beyde Theile entweder einen andern Gegenstand gemeint haben [33], oder sich in Absicht auf die Existenz der Sache [34], oder in Ansehung einer Eigenschaft derselben, welche sie als wesentlich voraussetzten, z. B. in der Materie der Sache

29) *L. 9. pr. D. h. t.*

30) *L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 5. C. de rescind. vendit.*

31) *L. 32. L. 49. pr. D. de act. E. et V.*

32) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 296.

33) *L. 9. pr. D. h. t.*

34) *L. 57. pr. D. h. t.*

che geirrt haben [35]). 2) Betrifft der Irrthum den Preis der Sache, so ist der Handel nur dann für nichtig zu erklären, wenn der Verkäufer einen höhern Preis gemeint hat, als der Käufer ihm bot. Denn so wenig man den Käufer zwingen kann, die Sache theuerer zu kaufen, als er wollte, eben so wenig kann auch der Verkäufer gezwungen werden, sie wohlfeiler zu verkaufen, als es seine Absicht war [36]). Hätte hingegen der Verkäufer geglaubt, der Käufer biete ihm weniger, als er wirklich thut, und er hätte ihm für den angenommenen Preis die Sache überlassen, so ist der Handel an sich nicht ungültig, sondern der Käufer braucht hier nur dem Verkäufer nicht mehr zu bezahlen, als dieser gemeint hat [37]). Dieß lehrt schon die Vernunft. Denn warum sollte hier der Handel nichtig seyn, da der Verkäufer erhält, was er verlangte, und der Käufer, der die grössere Summe bewilligte, auch gewiß in die kleinere eingewilliget hat? Eben dieses bringt

35) L. 9. §. 2. *D. h. t.* S. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 14. D. h. t. pag. 653. sqq. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. und den 4. Th. dieses Commentars §. 297.

36) Wenn L. 9. *pr. D. h. t.* sagt, Si dissentient *in pretio, emtio imperfecta* est, so ist dieses aus L. 52. *D. Locati* näher zu bestimmen, wo Pomponius sagt: Si *dicem* tibi locem fundum, tu autem existimes, *quinque* te conducere, *nihil agitur*. Daß diese Stelle hier anwendbar sey, leidet keinen Zweifel. Locatio enim et conductio, sagt Justinian *Pr. I. de locat et cond.* proxima est emtioni et venditioni, *iisdemque iuris regulis consistit.* S. Ant. Fried. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 4. Abth. Nr. I. S. 112.

37) L. *cit.* 52. *D. Loc.* Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique *non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5.

bringt auch die Rechtsanalogie mit sich. Denn es ist ein ausgemachter Grundsatz, daß wenn der Acceptant weniger acceptirt, als ihm offerirt ist, der Vertrag in so weit, als beyde consentirt haben, gültig ist [38]) 3) Der Kauf ist nichtig, wenn beyde Theile nicht in der Absicht, einen Kaufhandel abzuschließen, übereinstimmten. Si *in ipsa emtione* dissentient, emtio imperfecta est [39]). 4) Ist ein Irrthum in den Beweggründen begangen, so vernichtet er nur dann den Contract, a) wenn der Beweggrund zugleich die Bedingung war, unter welcher der Käufer hauptsächlich den Handel schloß; und es kommt dann auch nichts darauf an, der Verkäufer mag gewußt haben, daß das Bedungene, was den Käufer zur Schließung des Handels bewog, existire, oder nicht [40]). b) Wenn der Verkäufer in dem Glauben war, er sey zum Verkauf der Sache rechtlich verpflichtet gewesen [41]). Sonst gilt die Regel, daß ein Irrthum in den Bewegungsgründen einen abgeschlossenen Handel nicht vernichte, man mag ein Interesse bey der Ungültigkeit haben, oder nicht [42]). 5) Auch ein Irrthum in der Person [43]) hat auf die Gültigkeit

38) *L. 1. §. 4. D. de Verb. obligat.* S. Thibaut a. a. O. S. 113.

39) *L. 9. pr. D. h. t.*

40) *L. 58. D. h. t.*

41) L. 5. §. 1. *D. eod*

42) L. 65. §. 2. D
D. *Mandati*
Nr. II.
1.

43) … pend. iur.
Nr. III. S.



tigkeit des Kaufs so wenig Einfluß, als ein Irrthum in dem Namen des Objects. Denn er schließt die Einwilligung in den Gegenstand selbst nicht aus [44]. Eben dieses gilt 6) wenn sich die Partheyen bloß in der Güte, aber nicht in der Art der Materie, oder blos in Ansehung der Quantität des Objects geirrt haben [45]. Es lassen sich jedoch hier folgende Fälle gedenken.

A. Der Verkäufer hat gegen den erhaltenen Preis aus Irrthum mehr weggegeben, als er sollte. Hier kann er das Zuvielgegebene mit der condictio indebiti zurückfordern, sofern der Käufer das Zuvielerhaltene nicht als Theil eines Ganzen mitgekauft hatte, und eine theilweise Zurückgabe möglich ist. Dies ist der Fall, wenn bey einem Getraidehandel aus Versehen ein größeres Maas zum Ausmessen genommen ward, als nach welchem der Handel abgeschlossen worden [46]. Hat hingegen der Käufer das Ganze gekauft, und dieses mehrere Quantitäten enthält, als die Contrahenten glaubten, oder ist eine theilweise Zurückgabe nicht möglich, so muß der Käufer für das Zuvielerhaltene noch so viel nachzahlen, als der Preis dafür beträgt [47]. Z. B. A kauft vom B einen Ac[illegible] beyde setzen voraus, er enthalte nur 18 Morgen, [illegible] ch den Preis. Es findet sich aber [illegible]

B 2 nach-

[illegible] L. 43. pr. D. de acquir. vel amitt. [illegible]

[illegible] pr. L. 4. §. 1. D. de act. E. et Vend. [illegible] d. h. t. §. 6. et 7.

[illegible] malo. L. 32. D. de act. emti venditi.

nachher bey der Ausmessung, daß er 20 Morgen enthält. Hier muß der Käufer, sagt Paulus [48]), für 20 Morgen den Preis bezahlen. Oder A verkauft dem B eine Quantität Wein, beyde setzten ausdrücklich voraus, er sey von einer schlechtern Art, als er wirklich ist. Hier findet keine theilweise Zurückforderung Statt, sondern der Preis muß verhältnißmäßig erhöhet werden [49]).

B. Der Käufer hat von der erhandelten Sache gegen den bezahlten Preis zu wenig an Maas oder Güte erhalten. Hier zahlt er entweder soviel weniger, als der Abgang an der Waare beträgt [50]), oder er kann durch die Contractsklage das Zuvielbezahlte zurückfordern, oder auch, wenn er wegen der aus Versehen zum Ausmessen genommenen leichtern Gewichte zu wenig Waare erhielt, auf Nachschuß des Abgangs klagen [51]).

Ist der Irrthum nur einseitig, das heißt, wenn nur einer von beyden Contrahenten irrt, der andere aber den Irrthum desselben kennt; so kommt es darauf an, welcher

48) Cit. *L.* 40. §. 2. *h. t.* Qui agrum vendebat, dixit, *fundi iugera decem et octo esse*, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat. *Viginti* inventa sunt. *Pro viginti debere pecuniam respondit.*

49) S. Thibaut angef. Versuche a. a. O. Nr. IV. S. 129. ff.

50) *L.* 69. §. 6. *D. de evict.* L. 57. *pr. D. h. t.*

51) L. 4. §. 1. L. 32. L. 42. *in fin. D. de act. E. V.* S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 933. pag. 625.

cher von beyden Theilen sich in dem Irrthume befindet [52]. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Nur der Verkäufer irrt, der Käufer nicht. Dieser kennt die wahre Beschaffenheit der Sache, und weiß es, daß der Verkäufer sich irrt. Hier kann des Käufers Wissenschaft nicht schlechterdings für einen Dolus gehalten werden; sondern es kommt hier auf folgenden Unterschied an.

a) Dem Käufer war bekannt, daß die Sache entweder gar nicht, oder nicht im Wesentlichen, oder nicht so gut, als sie seyn sollte, existire, der Verkäufer hingegen denkt, daß sie es sey. Hier ist der Contract an sich nicht ungültig. Der Käufer ist verbunden, dem Contract gemäß, den versprochenen Kaufpreis zu bezahlen, und kann solchen, wenn er bezahlt ist, nicht zurückfordern. **Paulus** sagt ganz entscheidend *L.* 57. §. 2. *D. h. t.* Ubi *emtor* quidem sciebat, (sc. domum esse exustam) *venditor* autem ignorabat; et hic oportet et *venditionem stare*, et *omne pretium ab emtore venditori*, si non depensum est, *solvi*: vel si solutum sit, *non repeti*. **Anton Faber** [53]) und **Gerhard Noodt** [54]) wollen jedoch diese Stelle für interpolirt halten. Daß der Käufer, welcher wissentlich eine Sache kaufte, die nicht existirt, das Kaufgeld, was er dem unwissenden Verkäufer dafür bereits

52) Die von mir in der Lehre von Verträgen Th. IV. §. 298. u. 299. vorgetragenen Grundsätze sind hier nach **Thibaut** a. a. O. Nr. V. S. 136. ff. berichtiget.

53) Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 17. pag. 398. et Rational. in Pand. ad h. L.

54) De forma emendandi doli mali cap. 11.

bereits bezahlt hat, nicht zurückfordern könne, lasse sich allenfalls rechtfertigen. Denn man kann hier sagen, der Käufer habe wissentlich eine Nichtschuld bezahlt [55]). Er kann sich wenigstens hier über keinen Dolus des Verkäufers beklagen, sondern er hat durch seine Wissenschaft nur sich allein geschadet [56]). Aber das sey mit der Rechtsanalogie durchaus nicht zu vereinigen, daß der Käufer, blos um seiner Wissenschaft willen, schuldig seyn solle, das ganze Kaufgeld zu bezahlen. Am wenigsten könne dieses der große **Paulus** behauptet haben, welcher an einem andern Ort, wegen der Wissenschaft des Käufers, zwar den unwissenden Verkäufer von seiner Verbindlichkeit freyspricht, aber ihm die Klage auf die Bezahlung des Kaufgeldes ausdrücklich versagt. Si emtor solus scit, sagt er *L.* 34. §. 3. *D. h. t.* non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet. Man müsse also nicht anders glauben, als daß ein der Rechte ganz unkundiger Mensch jene Worte der *L.* 57. *D. h. t.* eingeschaltet habe. Andere [57]) gehen zwar so weit nicht; sie glauben aber doch, der Käufer könne sich, wenn die Sache gar nicht, oder nicht im Wesentlichen existirt, gegen die Klage des Verkäufers durch die exceptio non adimpleti contractus schützen. Ja es lasse sich nicht einmal nach den

55) *L.* 53. *D. de div. reg. iuris.*

56) *L.* 1. *in fin. D. de act. emti vend.*

57) **Westphals** Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 56. S. 58. **Thibaut** Versuche a. a. O. Nr. V. S. 137. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 933. pag. 626.

den Regeln der Billigkeit rechtfertigen, daß der Käufer den schon bezahlten Kaufpreis ganz verliehren solle. Denn man müsse billig annehmen, der Käufer habe gedacht, der Verkäufer müsse den abgegangenen Theil wieder herstellen, und ihm solchergestalt die Sache vollständig liefern, wenn er dafür den ganzen Werth erhalte. Geschieht nun solches nicht, so müsse wenigstens der Richter den Preis nach der jetzigen Beschaffenheit derselben mindern. So sey also **Paulus**, durch Milderung des strengen Rechts nach der Billigkeit, mit sich selbst zu vereinigen. Allein so wenig sich mit **Faber** und **Noodt** eine Interpolation des Textes in der *L.* 57. *D. h. t.* annehmen läßt, wie auch schon **Justus Meier** [58]) bemerkt hat; eben so wenig, ja fast noch weniger verdient die Ansicht der andern Rechtsgelehrten Beyfall, da sie den deutlichen Worten des Gesetzes widerspricht, und die *L.* 34. §. 3. *D. h. t.* von einem ganz andern Falle redet. Es ist doch wohl gewiß ein großer Unterschied, ob die gekaufte Sache gar nicht mehr existirt, oder zwar existirt, aber eine gestohlne Sache ist. Denn ist das Erstere, so kann wohl schwerlich der Käufer dem Verkäufer die exceptio non adimpleti contractus entgegensetzen, wenn er selbst schon zur Zeit des geschlossenen Contracts wußte, daß der Verkäufer seine Verbindlichkeit nicht erfüllen könne. Unmöglichkeit hebt ja die Verpflichtung zur Erfüllung auf [59]). Man muß also hier annehmen, der Käufer habe dem Verkäufer seine Verbindlichkeit erlassen, und sich blos mit der noch vorhandenen Brandstätte, (area) als welche bekann-

ter.

58) Ευδοξῶν Iustinian. Decad. VI. cap. 7. §. 6.

59) *L.* 185. *D. de div. reg. iuris.*

termaßen für einen Theil des Hauses gehalten wird [60]), begnügen, oder auch nur diese kaufen wollen, um das Haus auf den ihm vielleicht gerade nach seiner Absicht vorzüglich bequemen Platz wieder aufzubauen [61]). Ganz anders verhält es sich hingegen in dem Falle, da eine gestohlne Sache verkauft worden, und nur dem Käufer dieser Umstand allein bekannt war. Hier ist keine Unmöglichkeit vorhanden, die Sache dem Käufer zu tradiren. Es würde also gegen die bona fides streiten, wenn der Verkäufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen wollte, ohne die Sache dem Käufer übergeben zu haben [62]). **Paulus** giebt dieses auch selbst in den Worten der oben angeführten *L.* 34. §. 3. *D. h. t.* nicht undeutlich zu erkennen, wenn er sagt: Nec tamen ex vendito quidquam consequetur, *nisi ultro, quod convenerit, praestet*, d. i. wie diese letztern Worte **Pothier** [63]) ganz richtig erklärt, nisi praestet rem venditam.

b) Dem Käufer ist bekannt, daß die Sache weit besser, oder eine ganz andere sey, als der Verkäufer dachte. Hier ist zwar der Käufer in dolo, jedoch ist das Geschäft des-

60) *L.* 98. §. *ult. D. de solut.* — Pars enim insulae area est.

61) S. *Iust.* MEIER Ἐνδόξων Iustin. Decad. VI. cap. 7. §. 4. und in Colleg. iur. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 71. *Ge.* FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 109. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 21. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 536. in fin. und Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 428. not. a. S. 166.

62) *L.* 11. §. 18. *D. de act. E. V.* *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 34. §. 3. D. h. t.

63) Pand. Iust. Tom. I. h. t. Nr. XVI. not. c. pag. 490.

deswegen nicht schlechterdings ungültig, sondern es kommt darauf an, ob der Irrthum des Verkäufers von der Art ist, daß er für einen wesentlichen gehalten werden muß, oder nicht. In dem ersten Falle ist der Contract schon des Irrthums wegen nichtig, und braucht nicht erst des Betrugs wegen angefochten zu werden [64]). In dem letztern Falle aber hat der Verkäufer die Wahl, ob er auf Nachzahlung klagen, oder die Sache zurückfordern, oder wegen des Dolus des Käufers den Contract anfechten, oder auch sonst, den Umständen nach, auf Entschädigung klagen wolle [65]).

2) Nicht der Verkäufer ist im Irrthum, sondern der Käufer. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden.

a) Der Verkäufer weiß, daß er dem Käufer eine der Qualität nach bessere Sache, als dieser denkt, verkauft habe. Hier ist der Contract gültig, und der Käufer kann für sein Geld die Sache fordern, weil sich hier an der Einwilligung des Käufers wohl nicht zweifeln läßt [66]). Wenn hingegen der Verkäufer dem Käufer eine ganz andere, wiewohl bessere Sache, verkauft hätte, als der Käufer dachte, so wäre der Contract ungültig, weil sich hier wegen der Verschiedenheit des Objects keine Einwilligung annehmen läßt [67]).

b) Der

64) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. princ.

65) S. Thibaut Versuche 2. B. S. 137. f. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 933. pag. 626.

66) Thibaut a. a. O. S. 139.

67) L. 83. §. 1. *D. de V. Obl.*

b) Der Verkäufer weiß, daß er dem Käufer eine Sache verkauft habe, die nicht mehr existirt, oder der Qualität nach schlechter ist, als dieser dachte. Ist hier der Irrthum des Käufers ein wesentlicher, so ist das Geschäft nichtig [68]. Jedoch kann der Käufer mit der actio doli auf Leistung des Interesse klagen [69]. Ist hingegen der Irrthum nicht wesentlich, so kann der Käufer zwar den Kauf selbst nicht anfechten, aber doch auf Schadensersatz klagen [70]. Es wird jedoch überall vorausgesetzt, daß der Irrthum, in welchem sich der eine oder der andere Theil befindet, nicht durch eine grobe Nachläßigkeit verschuldet sey [71].

III. Auch Niemand kann in der Regel zum Kauf oder Verkauf gezwungen werden [72]. Ein erzwungener Kauf ist, wie jeder andere auf solche Art veranlaßte Vertrag, ungültig [73]. Es finden jedoch Ausnahmen von dieser

68) *L. 57. §. 1. D. h. t.* Sin autem *venditor* quidem *sciebat*, domum esse exustam, *emtor* autem *ignorabat*, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit.

69) L. 62. §. *1. D. h. t.*

70) L. 57. §. *1. D. h. t.* Si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem, et venditorem emtori, quod interest, restituere.

71) L. 15. §. 1. *D. de contrah. emt.* L. 6. *D. de iuris et facti ignor.* L. 9 §. 2. *D. eodem.* L. 15. *Cod. de resc. vendit.*

72) L. 9. *D. de act. rer. amotar.* L. 11. et L. 13. *et* 14. *Cod. h. t.* L. 16 *Cod. de iure delib.* L. 9. *Cod. de Iudaeis.* L. 71. *D. h. t.*

73) L. 1. *Cod. de rescind. vendit.* L. *ult. Cod. de his, quae vi metusve causa.*

ser Regel Statt [74]). 1) Zuweilen kann Privatwillkühr, eine Nothwendigkeit zum Kauf oder Verkauf begründen. Dahin gehört a) wenn Jemand durch Vertrag eine gewisse Sache zu kaufen oder an einen Andern zu verkaufen sich verbindlich gemacht hat. (Pactum de emendo vel vendendo). Ein solcher Vertrag ist gültig, er muß aber von dem Kauf selbst wohl unterschieden werden [75]). b) Wenn der Erblasser dem Erben anbefohlen hat, einen Dritten etwas aus seinem Nachlaß zu verkaufen, oder einem Dritten eine gewisse Sache, welche dieser gern loß seyn wollte, abzukaufen [76]). 2) Zuweilen können Gründe des gemeinen Wohls einen Zwang rechtfertigen. So können Unterthanen zur Zeit einer entstandenen Theurung, und Hungersnoth von der Obrigkeit gezwungen werden, ihren Getraidevorrath, soweit er ihnen entbehrlich ist, um einen billigen Preis zu verkaufen [77]). Eben so können Unter-

74) S. *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de venditione necessaria. *Erford.* 1729. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 3.

75) L. 75. *D. h. t.* L. 21. §. 5. *D. de act. E. V.* L. 122. §. 3. *D. de Verb. Obligat.* L. 2. *C. de pact. int. emtor. et vend.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus pag. 449. sqq. *Io. Iac. de* LIER Diss. pactum praeparatorium actionem producens et non producens. *Altorfii* 1716. §. 10. *Aug Gottl.* PETERMANN Diss de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. *Lipsiae* 1730. §. 23. et §. 27. GÜNTHER Princip. iuris Rom. T. II. §. 957. nr. I. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 859.

76) *L. 49. §. 8. et 9. L. 66. D. de legat. I.*

77) L. 2. *Cod. Ut nemini liceat in emtione specier. se excusare* ZIEGLER de iure Majest. Lib. I. cap. 46. MYNSINGER Cent. V. Obs. 27. und Höpfner im Commentar §. 865.

Unterthanen vom Staat genöthiget werden, leere Plätze, oder auch Feldgüter, wenn es die Nothwendigkeit erfordert, zur Anlegung einer Chaussée, oder eines Gottesackers zu verkaufen [78]). 3) Zuweilen können noch andere Gründe eintreten, daß Jemand zum Verkauf vermöge besonderer gesetzlicher Verordnungen genöthiget werden kann. Dahin gehörte bey den Römern der Fall, wenn eine Herr seinen Sklaven gemißhandelt hatte. Ein solcher Herr konnte nach einer Verordnung des Kaisers Antoninus Pius genöthiget werden, den Sklaven unter guten Bedingungen zu verkaufen [79]). Eben so kann nach einer Verordnung der Kaiser Sever und Antonin der Eigenthümer gezwungen werden, einem Andern einen Weg über sein Grundstück zu verkaufen, um zu seiner Grabstätte gelangen zu können [80]). Nicht minder kann ein Pfandgläubiger von dem Bürgen des Hauptschuldners, der gegen Befriedigung eines ältern Pfandgläubigers das Pfand an sich gebracht hat, mit Recht verlangen, daß er ihm gegen Erstattung dessen, was er dafür bezahlt hat, das Pfand verkaufe [81]). Ich übergehe andere noch in den Gesetzen hin und wieder vorkommende Fälle [82]).

§. 974.

78) *L.* 14. §. 1. *D. Quemadm. servit. amitt. G. Lud.* BÖHMER Princip. iuris canon. §. 603.

79) §. 2. *I. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L.* 2. *D. eod.*

80) *L.* 12. *pr. D. de religios.* S. den 9. Th. dieses Commentars §. 628.

81) *L.* 2. *D. de distr. pignor.*

82) *L.* 7. *pr. D. de relig.* §. *ult. I. de donat. L.* 30. *D. de lib. causa. L.* 13. §. 17. *D. de act. E. V. L.* 17. *D. de fideiussor.* S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XXVII. cap. 9.

§. 974.

Form des Kaufcontracts.

Zur gültigen Schließung eines Kaufs ist schon die bloße Erklärung der Einwilligung hinreichend. Diese Einwilligung kann auch nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend dadurch erklärt werden, wenn Jemand ohne Widerspruch geschehen läßt, daß ein Anderer in seiner Gegenwart eine ihm zugehörige Sache verkauft, und dann das Kaufgeld annimmt [83]). Es wird auch nicht einmal die persönliche Gegenwart der Contrahenten erfordert, sondern es kann auch durch Briefe und Bothen der Contract so gut abgeschlossen werden, als wenn die Partheyen gegenwärtig wären [84]). Eben so wenig wird ein schriftlicher Aufsatz erfordert [85]), wofern nicht die Partheyen gleich Anfangs mit einander übereingekommen sind, den Contract schriftlich zu schließen [86]). In diesem Falle ist der Con-

VOET Comm. h. t. §. 3. und HOFACKER Princip. iur civ. R. G. T. III. §. 1897.

83) L. 12. D. *de evict.* — Si coheredes praesentes adfuerunt, nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.

84) L. 9. *Cod. Si quis alteri vel sibi.* S. Westphal vom Kauf. §. 12.

85) L. 2. §. 1. *D. h. t.* §. 1. *I. de obligat. ex consensu.*

86) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 3. Th. Nr. XI. S. 181. Ein solcher Kauf wird *emtio in scriptis celebrata* genennt. Es wird zwar dazu nicht immer ein ausdrücklicher Vertrag erfordert, daß die Partheyen nicht eher, als nach schriftlich vollzogenem Contract, verpflichtet seyn wollen. S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. †. et not. o.

jedoch

Contract nicht eher verbindlich, als wenn er niedergeschrieben, und von den Partheyen unterschrieben worden ist. Es kann jedoch auch ein Notarius den Aussatz ausfertigen, und den Partheyen einhändigen. So lange es dann an einer solchen schriftlichen Ausfertigung fehlt, findet zwar noch Reue Statt, ist indessen ein Angeld gegeben worden, so verliert der Geber dasselbe, wenn er nachher von dem Vertrage abgeht [87]. Jedoch ist auch ein Angeld,

jedoch ist im Zweifel eher zu vermuthen, daß der Contract blos des Beweises wegen zu Papier gebracht worden sey, als daß die Partheyen gerade schriftlich haben contrahiren wollen. *L. 4. D. de fide instrum.* Die Praxis erfordert indessen eine ausdrückliche Verabredung. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXII. medit. 1. et 2. und a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 52. Von der darüber zwischen Wilhelm Leyser und Samuel Stryk entstandenen Controvers siehe *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. I. §. 2.

87) *Pr. I. h. t.* In iis autem (emtionibus et venditionibus) *quae scriptura conficiuntur*, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta; et si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione et venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Es liegt hierbey die Verordnung der *L. 17. Cod. de fide instrumentor.* zum Grunde. Daß schon vor Justinian die Verabredung, den Kauf schriftlich zu schliessen, nicht ungewöhnlich gewesen sey, erhellet aus *L. 2. §. 1. D. h. t.* Viele wollen zwar

geld, (arrha) zur Gültigkeit des Contracts nicht erforderlich. Zuweilen werden aber doch gewisse Feyerlichkeiten beym Verkauf erfordert. Dies ist z. B. der Fall beym Verkauf der Mündelgüter, der Kirchengüter, der Stadtgüter, auch der verpfändeten Sachen, wovon Hommel [88]) ausführlich gehandelt hat. Wird eine Sache öffentlich ausgeboten und dem Meistbietenden überlassen, so wird ein solcher Kauf ein öffentlicher genennt, und dieser heißt Subhastation, wenn unbewegliche, Auction aber, wenn bewegliche Sachen auf diese Art verkauft werden [89]).

§. 975.

II. Sachen, welche verkauft werden können, und welche kein Gegenstand des Kaufs sind.

Das zweyte wesentliche Erforderniß des Kaufs betrift den Gegenstand. Hier gilt der Grundsatz. Alle und jede Sachen, welche auf einen andern übertragen werden können [90]), sie mögen körperliche oder unkörperliche,

zwar die Worte *sine scriptis* für ein Emblem halten. Man sehe. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 2. h. t. und *Io. Iac.* WISSENBACHII Emblemata Triboniani ad h. L. Allein ohne hinlänglichen Grund, wie *Io.* D'AVEZAN Libro Contractuum alt. Tr. 1. (in *Thes. Meerm.* T. IV. pag. 82.) und *Io.* WYBO de Triboniano ab emblematib. Wissenbachii liberato. Cap. III. §. 9. gezeigt haben.

88) Diss. de solemnibus veditionum. *Lipsiae* 1737.

89) S. Joh. Ge. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs Prozesses 1. Th. §. 1828 ff. und §. 1881. ff. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1900.

90) *L.* 34. §. 1. *D. h. t.* Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

che [91]) bewegliche oder unbewegliche, gegenwärtige oder zukünftige [92]) seyn, können zum Gegenstand dieses Contracts gemacht werden. Es kann auch ein der Existenz nach ungewisser, oder der Quantität nach unbestimmter künftiger Gewinn den Gegenstand des Contracts ausmachen, welches man eine *emtio spei* im allgemeinen Sinn nennt. Hier lassen sich zwey Fälle gedenken. Es wird entweder 1) auf eine solche Art contrahirt, daß das Kaufgeld auf jeden Fall gegeben werden soll, der erwartete Gegenstand möge zur Wirklichkeit kommen, oder nicht. Dies heißt *emtio spei simplicis*. Oder 2) der Contract wird auf eine solche Art geschlossen, daß das bedungene Kaufgeld nur dann gegeben werden soll, wenn der erwartete Gegenstand wenigstens zum Theil zur Wirklichkeit kommt. Hier wird der Contract *emtio rei speratae* genennt. Ein Kauf der ersten Art wird im Zweifel bey solchen Objecten angenommen, deren Gewinn von einem ungewissen Glückszufall abhängt. Z. B. wenn man ein Lotterieloos, oder einen Fischzug, oder einen Vogelfang kauft. Hier ist und bleibt der Kauf gültig, die Hoffnung falle aus, wie sie wolle. Ein Kauf der letztern Art aber wird im zweifel bey solchen Sachen angenommen, deren Wirklichwerden sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur erwarten läßt, wie z. B.

bey

91) Z. B. ausstehende Forderungen, Erbschaften, Servituten. S. Tit. 4. *de hereditate vel act. vendita*, und L. 8. §. 2. *D. de peric. et comm. rei vendit.* L. 12. §. 2. L. 12. *D. de pignor.*

92) Es ist daher unstreitig ein Kauf, wenn ich bey einem Handwerker für ein bestimmtes Geld eine Arbeit bestelle, so daß er das Werk ohne meine Zuthat blos auf seine Kosten machen soll. §. 4. *I. de locat.* L. 20. L. 65. *D. h. t.* L. 2. §. 1. *D. Locati.* S. Westphal vom Kauf §. 7.

bey dem Kaufe künftiger Früchte. Hier ist der Kauf bedingt, er gilt also nicht, wenn ohne verantwortliche Schuld des Verkäufers Nichts gewachsen ist. Die hierher gehörigen Stellen *L.* 8. *pr. et* §. 1. *D. de contrah. emt. vendit.* *L.* 11. §. *ult. D. de act. E. et V.* sind an einem andern Orte, (in der Lehre von Verträgen) erklärt worden [93]). Daß jedoch auch über solche Sachen, bey welchen sonst eine emtio rei speratae angenommen wird, auch eine emtio spei simplicis geschlossen; ja in beyden Fällen, wo sonst eine emtio spei gewöhnlich ist, der Contract auch auf eine solche Art eingegangen werden könne, daß der Käufer nur nach Verhältniß dessen, was er künftig von dem gehoften Gegenstande wirklich erhalten wird, das Kaufgeld zu zahlen verspricht, ist gleichfalls schon oben [94]) bemerkt worden. In diesem letztern Falle ist der Kauf über eine künftige Sache von dem Verkauf einer gegenwärtigen Sache in nichts unterschieden.

Wenn über eine fremde Sache ein Kauf geschlossen worden ist, so lassen sich folgende Fälle gedenken. I. Es ist mit Einwilligung des Eigenthümers geschehen. Hier ist der Kauf auch in Ansehung des Eigenthümers gültig. II. Ohne Einwilligung des Eigenthümers. Dann stand entweder A. dem Verkäufer ein dingliches Recht an der Sache zu, welches ihn zur Veräußerung berechtigte, z. B. ein Pfandrecht. Auch hier ist der Verkauf in Ansehung des Eigenthümers gültig.

93) S. den 4. Theil dieses Commentars §. 303. S. 193.
94) S. den 4 Th. S. 197. f.

tig [95]). B. Es stand ihm kein solches Recht an der Sache zu. Dann ist der Kauf entweder 1) bedingt, und blos auf den Fall geschlossen worden, wenn der Verkäuser Eigenthümer werden würde. Hier hängt die Gültigkeit des Kaufs von der Existenz der Bedingung ab. Tritt diese ein, so muß der Kauf erfüllet werden [96]). Oder 2) unbedingt. Hier ist entweder a) die Frage von der Gültigkeit des Kaufs auf Seiten des Eigenthümers. Diesem kann der ohne seine Einwilligung geschehene Verkauf seiner Sache zu keinem Nachtheil gereichen, sondern ihm steht, wofern er den Verkauf nicht noch nachher genehmiget, das Recht zu, seine Sache zu vindiciren [97]). Es muß nur geschehen, ehe der Käufer die Sache usucapirt hat [98]). Ist jedoch der Eigenthümer des Verkäufers Erbe geworden, so muß er den Kauf halten [99]). Oder es ist b) die Frage, von der Gültigkeit des Kaufs unter den Contrahenten. Hier sind drey Fälle zu unterscheiden.

I. Bey-

95) Hat jedoch der Eigenthümer das Pfand dem Gläubiger selbst gegeben, so geschieht die Veräusserung im Falle ausbleibender Bezahlung der Schuld mit desselben Einwilligung. §. 1. *I. Quib. alienare licet vel non.*

96) *L. 46. D. de act. emti et vend.*

97) *L. 28. D. h. t.* Verb. *Sed res emtori auferri potest. L. 1. 5. et 6. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 3. C. de rei vindicat.* S. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 28. D. h. t. pag. 664.

98) *L. 1. Cod. de commun. rer. alienat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14.

99) *L. 5. Cod. de reb. alien. non alienand. L. 14. Cod. de rei vendicat.*

I. Beyde Theile haben gewußt, daß die Sache eine fremde sey. Dann waren entweder 1) beyde in bona fide. Z. B. der Verkäufer glaubte dem Eigenthümer durch den Verkauf seiner Sache einen Gefallen zu erzeigen; der Käufer hingegen glaubte, der Verkäufer habe von dem Eigenthümer einen Auftrag erhalten. Hier ist der Kauf unter den Contrahenten gültig [100]). Oder 2) in male fide. Z. B. beyde Theile wußten, daß die Sache gestohlen sey, oder wenigstens die Veräußerung ohne des Eigenthümers Wissen und Willen geschehe. Hier ist der Kauf auch selbst unter den Contrahenten, und zwar auf beyden Seiten verbindlich [1]). Denn es tritt hier die Regel ein, dolus inter utramque partem compensatur [2]).

II. Keiner von beyden Theilen wußte, daß die Sache eine fremde sey. Hier gilt der Handel unter den Contrahenten, wenn auch die Sache eine gestohlne seyn sollte [3]). Der Verkäufer muß die Sache dem Käufer tradiren, und kann auch das Kaufgeld fordern. Er muß aber auch den Käufer entschädigen, wenn der Eigenthümer die Sache evincirt. Ja er muß sogar, gleich einem

100) *L.* 25. §. *1.* *L.* 28. *D. h. t.* S. FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 151. HUBER Eunom. Rom. ad L. 28. D. h. t. pag. 664. Westphal vom Kauf §. 72. und Höpfner Commentar über die Institutionen §. 866. u. 867.

1) *L.* 34. §. 3. *D. h. t.*

2) *L.* 57. §. 3. *in fine D. h. t.*

3) Arg. *L.* 70. *D. h. t.* verglichen mit *L.* 34. §. 2. *et* 3. *D. eod*

Verkäufer seiner eigenen Sache, dafür stehen, daß die Sache nicht fehlerhaft sey [4])

III. Nur einem von beyden Theilen war allein der Umstand bekannt, daß die Sache eine fremde sey. Dann ist dieser entweder a) in bona fide. Hier ist der Kauf gültig. Oder b) in male fide. Dann ist es entweder 1) der Verkäufer. Dieser ist zwar dem Käufer verbindlich, die Sache zu tradiren, wenn ihm das Kaufgeld bezahlt worden ist [5]). Er muß auch dem Käufer die Eviction leisten. Ja es ist dem letztern in diesem Falle erlaubt, gegen den Verkäufer auch noch vor erfolgter Entwährung mit der actio emti auf das Interesse zu klagen [6]). Allein hat der Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt, so kann es der Verkäufer rechtlich nicht fordern, weil ihm die exceptio imminentis evictionis entgegensteht, wofern nicht derselbe wegen der Entwährung dem Käufer hinlängliche Sicherheit leistet [7]). 2) Der Käufer ist derjenige Contrahent, welcher in male fide sich befindet. Hier ist ihm der Verkäufer zu nichts verbunden. Der Käufer kann daher so wenig auf die Uebergabe der Sache klagen, als im Falle der Entwährung Entschädigung fordern. Allein der Verkäufer kann auch das Kaufgeld nicht verlangen, wenn er dem Käufer die Sache

4) *L.* 11. §. 7. 8. *et* 9. *D. de action. E. et V.* Westphal vom Kauf §. 76.

5) *L.* 34. §. 3. *D. h. t.*

6) *L.* 30. §. 1. *D. de act. E. et V.* Westphal vom Kauf §. 254.

7) *L.* 18. §. 1. *D. de peric. et comm. rei vend.* S. *Io. Nic.* HERTII Diss. de conventionibus dominii translativis. §. 28. (in *Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 88.)

che nicht übergeben hat, weil ihm hier die exceptio non adimpleti contractus entgegen steht [8]). Ist hingegen die Sache dem Käufer schon übergeben, so kann der Verkäufer mit Recht das Kaufgeld fordern, weil dem Käufer die Einrede der zu leistenden Eviction in diesem Falle nicht zu statten kommt [9]).

Es giebt nun auch Sachen, welche **kein Gegenstand des Kaufs** sind. Der Grund hiervon kann

A) in der **Natur der Sache** selbst liegen. Dahin gehört

1) wenn die Sache zur Zeit des geschlossenen Kaufs gar nicht mehr existirte. Hier ist der ganze Kauf nichtig, weil es demselben an einem wesentlichen Erforderniß mangelt [10]). Der Verkäufer muß also dem Käufer das schon bezahlte Kaufgeld wieder herausgeben, wenn beyde Theile es nicht wußten, daß die Sache nicht mehr existire [11]); eine weitere Entschädigung kann der Käufer freylich nicht verlangen, wenn er nicht beweisen kann, daß der Verkäufer Wissenschaft davon gehabt habe, daß die Sache schon zur

8) *L. 34. §. 3. D. h. t.*

9) S. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 15. und Westphal vom Kauf §. 77. a. E.

10) *L. 15. pr. D. h. t.* Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est.

11) *L. 57. pr. D. h. t.* Domum emi: cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus: *Nerva*, *Sabinus*, *Cassius*, nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse, aiunt.

zur Zeit des geschlossenen Contracts nicht mehr vorhanden gewesen sey. Hätte es der Käufer gewußt, der Verkäufer aber nicht, so muß es sich erster selbst zuschreiben, wenn er keine Entschädigung bekommt; und das Kaufgeld muß er dennoch bezahlen [12]). Wußten es beyde Theile, daß die Sache nicht mehr existire, so ist der Contract nichtig, und es hat, wegen der compensatio doli inter utramque partem, kein Theil gegen den andern eine Klage [13]).

Ist nur ein Theil der Sache nicht mehr vorhanden, so ist ein Unterschied zu machen, ob mehr als die Hälfte der Sache, oder wenigstens derjenige Theil derselben fehlt, worauf die Absicht des Käufers hauptsächlich gerichtet war, oder nur die Hälfte, oder wenigstens der geringere Theil. In dem ersten Falle ist der Handel ebenfalls ungültig, und der Käufer kann das bereits bezahlte Kaufgeld zurückfordern [14]). In dem letztern Falle ist und bleibt

12) *L.* 57. §. 2. *D. h. t.*

13) *L. cit.* 57. §. 3. *D. eodem.*

14) *L. ead.* 57. *pr. D. h. t.* Sed si pars domus maneret, *Neratius* ait, hanc quaestionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumta permaneat: ut, siquidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emtor perficere emtionem, sed etiam, quod forte solutum ab eo est, repetet. So lieset die Florentinische Ausgabe der Pandecten. Allein mehrere Rechtsgelehrten halten diese Leseart für fehlerhaft. Für *hanc quaestionem* lesen daher Haloander und Baudoza in hac quaestione. Statt *incendio consumta* lieset IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 135. in fin. incendio *non* consumta. Haloander und Baudoza incendio *consumtae*. Für *non compellatur* haben beyde non *tantum* compellatur. Hotomann aber lieset Lib. I. Amicabil. Respons. c. 20. *Non tantum*

bleibt zwar der Kauf gültig, jedoch ist der Preis nach der sich findenden Verminderung der Sache herabzusetzen [15]).

2) Wenn der Käufer schon Eigenthümer der Sache ist, über welche der Handel geschlossen worden. Hier sagt *L.* 16. *D. h. t.* Suae rei emtio non valet; und eben so *L.* 4. *et L.* 10. *Cod. eodem.* Rei propriae non consistit emtio. Der Kauf ist hier ungültig, der Käufer mag

tantum non compellatur. Allein schon *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIV cap. 11. hat mit Recht dagegen erinnert, daß alle diese Aenderungen theils unnöthig, theils auch darum verwerflich sind, weil sie, wie z. B. die Leseart *non tantum compellatur*, den wahren Sinn entstellen. Man sehe auch *Ios.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 13. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag 412.) JAUCH de Negationib. Pandect. Florent. Cap. V. §. 15 et Cap. XIV. §. 6. und Westphal vom Kauf §. 56. S. 57. Noch gehört hierher *L.* 58. *D. h. t.* wo Papinian sagt: Arboribus quoque vento deiectis, vel absumtis igne, dictum est, emtionem fundi non videri esse contractam, *si contemplatione illarum arborum* (veluti oliveti) *fundus comparabatur*: sive sciente sive ignorante venditore. Sive autem emtor sciebat vel ignorabat, vel uterque eorum, haec obtinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt. Da beyde Stellen nicht von eben demselben Rechtsgelehrten sind, so ist es sehr wahrscheinlich, daß die letztern Worte *Sive autem emtor — dicta sunt*, interpolirt sind. S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad h. L. p. 676. *Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali cap. 11. und *Ev.* OTTO Papinianus Cap. 17. §. 3.

15) *L.* 57 *pr. cit.* Sin vero vel dimidia pars, vel minor, quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est emtor venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitratu habito, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione *liberetur.*

mag gewußt haben, daß er seine Sache kaufe, oder nicht. Nur in dem Falle, da das Kaufgeld schon bezahlt ist, würde dieser Unterschied in soweit in Betrachtung kommen, daß der Käufer, welcher unwissend seine Sache gekauft hat, das Kaufgeld wieder zurückfordern kann; welche Klage hingegen dem wissentlichen Käufer seiner Sache billig zu versagen ist [16]). Jedoch giebt es Fälle, wo man auch über **seine eigene Sache** einen gültigen Kauf schließen kann. Dahin gehört, a) wenn dem Eigenthümer seiner Sache blos daran gelegen ist, den Besitz, welcher dem Verkäufer daran zusteht, von diesem käuflich an sich zu bringen. Hier macht der Besitz den Gegenstand des Kaufs aus, und dieser gehörte vorher freylich dem Käufer nicht. Von diesem Falle handelt *L.* 34. §. 4. *D. h. t.* wo **Paulus** sagt: Rei suae emtio tunc valet, cum ab initio agatur, *ut possessionem emat, quam forte venditor habuit,* et in iudicio possessionis potior esset. Die letztern Worte versteht **Anton Faber** [17]) von dem **Verkäufer**. Er erfordert daher zur Gültigkeit eines solchen Kaufs zweyerley *α*) daß gleich Anfangs die Absicht des Käufers blos auf den Besitz der Sache gerichtet, und *β*) der Verkäufer auch ein gerechter Besitzer sey, welchem das Recht zu Interdicten zustehe. Allein man kann sie auch mit **D'Avezan** [18]) ganz wohl von dem **Käufer** verstehen, nämlich in dem Sinn, damit dieser hierdurch in den Stand gesetzt werde, sich wegen der Sache mit Wirkung eines Inter-

16) *L.* 16. *pr. D. h. t.* *L.* 53. *D. de reg. iur.* POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XIX. not. n.

17) Rational. in Pand. ad L. 34. §. 4. D. h. t.

18) Libro Contract. II. Tract. 1. §. Atque ex adverso. pag. 84.

Interdicts bedienen zu können. Diese Erklärung hat auch die Haloandrische Leseart: UT *in iudicio possessionis potior esset*, für sich, welcher Heinrich Brenkmann in dem Gebauerischen Corpus Rom [19]) den Vorzug giebt. b) Wenn der Käufer gegenwärtig nur ein widerrufliches Eigenthum hat, und er sucht sich durch den Kauf ein unwiderrufliches Eigenthum zu verschaffen [20]). Der Grund der Verkaufsunfähigkeit kann

II. in einem Verbote liegen, und dieses kann entweder

A) in einer Verordnung der Gesetze gegründet seyn. Die Gründe dieses Verbots können seyn a) weil manche Sachen überhaupt, ihrer Bestimmung und besondern Eigenschaft wegen, kein Gegenstand des Handels und Verkehrs seyn können oder sollen. Die Gesetze rechnen dahin 1) res divini iuris, z. B. res sacrae, res religiosae [21]). Daß solche Sachen nach den Grundsätzen des heutigen Kirchenrechts unter gewissen Bedingungen verkauft werden können, ist schon an einem andern Orte [22]) vorgekommen. Ferner 2) Sachen, die dem Staate gehören, wenn sie besonders zum gemeinen Gebrauche bestimmt sind. Denn insofern sie zum Patrimonium des Staats gehören, sind sie des Verkaufs nicht unfähig [23]). Nicht minder 3) öffentliche

19) Ad. h. L. not. 26. pag. 308.

20) *L. 61. D. h. t. L. 29. D. de act. E. et V. L. 4. Cod. h. t.* S. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. *Demonstratis.* pag. 396. und Westphal vom Kauf §. 80. ff.

21) §. 5. *I. h. t. L. 4. D. eodem. L. 73. pr. D. eodem.*

22) S. den 2 Th. dieses Commentars §. 168.

23) *L. 6. pr. D. h. t.* Celsus filius ait, — te emere non posse, — sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut *publi-*

liche Aemter. Dergleichen Amtserschleichung ist ein Verbrechen, welches bey weltlichen Aemtern *crimen ambitus*, bey den geistlichen aber *crimen Simoniae* genennet wird [24]. Auch 4) Gifte, sofern sie nicht wenigstens durch Zusatz einer andern Materie von Nutzen seyn können [25]. Heutzutage kommt es auf die wegen des Verkaufs der Gifte in jedem Lande vorhandenen besonderen Verordnungen an. b) Zuweilen können Zeitumstände ein gesetzliches Veräusserungsverbot veranlassen. So z. B. verbieten die Gesetze Sachen, welche im Prozeß befangen sind, während des Pro-

publica, quae non *in pecunia populi*, sed *in publico usu habentur*, ut est Campus Martius. S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Putemus* pag. 394. und Westphal vom Kauf §. 90.

24) *L. 6. Cod. ad L. Iul repetundar. L. 16. Cod. Si certum petat. L. 6. Cod. de assessorib. Nov 6. cap. 1. Nov. 8. pr. et cap. 7. Nov. 30. c. 6. Nov. 35. et 53. Nov. 86. cap. 3. in fin. Tot. Tit. D. et Cod. ad L. Iul. de ambitu. L. 31. Cod. de Episc. et Cleric. Cap. 12. et 34. X. de Simonia.* S. *Alb.* WILLEBRAND Diss. de venditionibus officiorum. *Rostochii* 1693. Bey den Römern gab es jedoch auch käufliche Bedienungen, welche erblich waren (militiae) und selbst ein Gegenstand des Pfandrechts werden konnten. *L. ult. Cod. de pignor. Nov. LIII. cap. 5.* S. Westphals Pfandrecht §. 40. Not. 62. S. 96. ff. Dahin gehörten z. B. die militiae Silentiariorum. Adiutorum Quaestoris palatii, und die officia domesticorum. S. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 15. CUJACIUS Comm. ad L. ult. Cod. de pignor. PEREZ Praelect. in Cod. Lib. XII. Tit. 17. de domesticis. nr. 2. et 3. und WILLEBRAND cit. Diss. Cap. I. § 12.

25) *L. 35 §. 2. D. h. t.* Veneni mali quidam putant non contrahi emtionem, — quae sententia potest sane vera videri de his, quae nullo modo, adiectione alterius materiae, usu nobis esse

Prozesses an einem Dritten zu veräußern [26]). So können ferner zur Zeit eines Getraidemangels Policeygesetze alle Kornausfuhr verbieten. c) Zuweilen können besondere Verhältnisse unter gewissen Personen die Ursache des gesetzlichen Veräußerungsverbots seyn. So z. B. verbieten die Gesetze dem Ehemann liegende Dotalgüter seiner Ehefrau, und dem Vater die bona adventitia seiner Kinder zu veräußern [27]). Endlich d) untersagen die Gesetze auch zuweilen die Veräußerung gewisser Sachen nur insofern, als sie nicht auf die gesetzlich vorgeschriebene Art geschieht, wie z. B. die Veräußerung der Güter der Pupillen und Minderjährigen [28]), der Kirchen, der Patrimonialgüter des Landesherrn [29]) u. s. w. Hierher gehört auch, daß nach der Verordnung der teutschen Reichsgesetze [30]) der Verkauf der Früchte auf dem Halm (venditio fructuum in herbis) nicht anders erlaubt seyn soll, als um den Preis, den die Früchte entweder zur Zeit des Contracts, oder in den nächsten vierzehn Tagen nach der künftigen Erndte haben.

esse possunt. S. Westphal vom Kauf §. 106. und Danz Handbuch des teutschen Privatrechts. 2. Band §. 191. S. 175.

26) *L. 2. L. ult. Cod. de litigiosis.*

27) *L. 4. D. de fundo dotali. L. un. §. 15. Cod. de rei uxor. act. L. 1. et 2. C. de bonis maternis. L. 8. §. 5. C. de bonis quae liberis.*

28) *L. 1. D. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt. et tot. Tit. Cod. de praediis et aliis rebus minor. sine decreto non alienandis.* (V. 71.)

29) *L. 39. §. ult. D. de legatis I.*

30) Reichs-Policey-Ordn. vom J. 1548. Tit. 19. und vom J. 1577. Tit. 19.

ben [31]). Uebrigens war noch bey den Römern, ohne eine besondere kaiserliche Erlaubniß, der Handel mit Purpur und Seide [32]), so wie auch der Handel mit Verschnittenen [33]) verboten, welches aber h. z. T. wegfällt.

Ist nun eine solche Sache, deren Veräußerung die Gesetze verbieten, dennoch dem Verbot zuwider verkauft worden, so ist der Kauf nichtig [34]). Der Verkäufer kann daher

31) Diese letztere Verfahrungsart ist h. z. T. die gewöhnliche, und verdient allerdings vor der ersten den Vorzug. S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 191. und *Io. Gottl.* HEINECCII Diss. de venditione illicita fructuum in herbis. *Halae* 1738.

32) *L.* 1. *et* 2. *Cod. Quae res venire non poss.* Purpur und Seide war nur den röm. Kaisern zu tragen erlaubt, oder denen, welchen sie es erlaubten. Daher durfte auch Niemand Handel damit treiben, als der Comes commerciorum. S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib XII. cap 24. PANCIROLLUS Rerum memorabil. Lib. I. Tit. 1. et 2. und Westphal vom Kauf §. 107. u. 108.

33) *L.* 1. *et* 2. *Cod. de Eunuch.* Westphal a. a. O. §. 109.

34) *L. 6. C. de pactis. L.* 34. § 1. *D. h. t.* Rerum, quas natura, vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, *earum nulla venditio est.* — *L.* 22. *D. eodem.* Hanc legem venditionis: *Si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil*, supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. Caeterum si omne religiosum, vel sacrum, vel publicum venierit: *nullam esse emtionem.* Befinden sich also bey einer verkauften Hauptsache, die an sich des Verkaufs nicht unfähig ist, Sachen, die für sich nicht im Verkehr sind, so ist deswegen der Kauf nicht ungültig. Der Verkäufer muß allenfalls dem Käufer deshalb die Eviction leisten, *L.* 24. *D. h. t.* wofern sich nicht etwa Ersterer durch die hier im Gesetz angeführte Clausel gegen den Regreß des Käufers gedeckt hat. Eben so lehrt

daher nicht angehalten werden, die Sache zu tradiren, und ist das Kaufgeld schon bezahlt, so kann es zurückgefordert werden [35]). Ob aber auch die schon übergebene Sache von dem Verkäufer zurückgefordert werden könne? ist eine stritige Rechtsfrage. **Leyser** [36]) trägt kein Bedenken, sie zu bejahen, wenn das Veräußerungsverbot das öffentliche Interesse zum Zweck hat. Er kannte zwar die Menge von Zweifelsgründen, die seiner Meinung entgegenstehen [37]), allein er glaubt, wenn der Verkäufer eine so gerechte Ursache habe, als hier für ihn streite, nämlich das öffentliche Staatsinteresse, (utilitas publica); so könne ihm die exceptio doli, oder die exceptio rei venditae et traditae nicht entgegen stehen [38]). Er glaubt am Ende seine Meinung durch eine Stelle des canonischen Rechts [39]) vollends über allen zweifel zu erheben, woraus erhelle,

lehrt auch **Papinian** *L.* 72. §. 1. *D. h. t.* Es wird jedoch vorausgesetzt, daß die unveräusserlichen Stücke nur den geringsten Theil der verkauften Hauptsache ausmachen müssen, wenn jene Verwahrungs-Clausel von Nutzen seyn soll. S. **Westphal** a. a. O. §. 91. und §. 33.

35) *L.* 23. *D. h. t.* Et quod solverit eo nomine, emtor condicere potest. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CXC. medit. 4.

36) Specim. CXC. medit. 1.

37) *L.* 17. *D. de evictionib.* *L.* 2. *Cod. Ne fiscus rem, quam vendidit, evincat.*

38) *L.* 1. §. 5. *D. except. rei vend. et traditae.*

39) *Cap.* 33. *X. de iureiur.* Intellecto iamdudum, quod carissimus in Christo filius noster, Hungariae rex illustris, alienationes quasdam fecerit in praeiudicium regni sui et contra regis honorem. Nos eidem regi dirigimus scripta nostra, ut alienationes

erhelle, daß wenn das Gesetz die Veräußerung einer Sache schlechterdings verbiete, Niemand daraus verpflichtet werde, sondern jeder, er sey der Fiskus oder eine Privatperson, könne hier sein eigenes Factum anfechten. Ihm stimmt in der Hauptsache auch **Müller** 40) bey, welcher diese Meinung noch durch die *L.* 34. §. 1. *D. h. t.* zu bestärken sucht, wo ein solcher Kauf, den die Gesetze verbieten, für nichtig erklärt wird. Allein es sind hier zwey Fragen nicht zu verwechseln, die an sich ganz verschieden sind. **Erstens** kann auf die Erfüllung eines solchen gesetzlich verbotenen Kaufs geklagt werden? und diese Frage ist natürlich zu verneinen. **Zweytens** kann das, was zur Erfüllung eines solchen gesetzlich verbotenen Kaufs gegeben worden ist, zurückgefordert werden? Hier ist, wie ich glaube, zu unterscheiden, ob den Contrahenten das Veräußerungsverbot bekannt war, oder nicht. In dem letztern Falle kann das zur Erfüllung des Handels Gegebene allerdings zurückgefordert werden. So wie daher der Käufer das bereits bezahlte Kaufgeld zurückfordern kann, so muß auch dem Verkäufer ein gleiches Recht zustehen, die bereits tradirte Sache zu reklamiren 41). Es muß nur das gesetzliche Verbot für beyde Theile verbindlich seyn.

tiones praedictas, non obstante iuramento, si quod fecit de non revocandis eisdem, studeat revocare: quia, cum teneatur, et in sua coronatione iuraverit, iura regni sui, et honorem coronae illibata servare, illicitum profecto fuit, si praestitit de non revocandis alienationibus huiusmodi iuramentum, et propterea penitus non servandum.

40) Observat. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Obs. 389.

41) *L. 22. 23. et 62. §. 1. D. h. t.*

seyn. So z. B. verbindet das landesherrliche Verbot der Getraideausfuhr blos die Unterthanen des Landes, aber nicht die Ausländer. Hier fällt also, wenn der Kauf einmal durch die Uebergabe vollzogen war, die Vindication weg [42]). In dem ersten Falle hingegen ist nicht wohl abzusehen, wie derjenige, welcher wissentlich die Gesetze übertreten hat, sich anmaßen dürfe, Sachen, die er einmal freywillig weggegeben hat, wieder zurückzufordern. Die Gesetze des römischen Rechts gestatten ihm wenigstens diese Zurückforderung nicht, sondern sagen vielmehr ganz bestimmt das Gegentheil [43]); und diese sind durch das canonische Recht hierin nicht aufgehoben worden. Denn die päbstliche Verordnung, worauf sich **Leyser** beruft, enthält weiter nichts, als daß die von einem Regenten vorgenommene Veräußerung, wenn dadurch der Staat selbst gefährdet werde, wieder zurückgefordert werden könne, wenn sie auch mit einem Eide wäre bekräftiget worden. Dieß ist auch ganz der Regel gemäß, vermöge welcher der Verkäufer selbst die gesetzwidrig veräußerte Sache vindiciren kann, wenn es zum Vortheil eines Andern geschieht, um dessen willen die Gesetze die Veräußerung untersagt haben [44]). So z. B. kann auch der Vormund die gegen das gesetzliche Verbot veräußerten Sachen seines Mündels

42) S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II §. 954. et not. m. pag. 657.

43) *L. 3. et 8. D. de condict. ob turpem vel iniust causam. L. 2. Cod. eodem.* Man vergleiche hier vorzüglich Ad. Diet. Weber's syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 76. S. 322. f.

44) S. VOET Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. 1. §. 19.

dels vindiciren [45]). Eben so der Kirchenvorsteher die widerrechtlich veräußerten Kirchengüter [46]). Es fragt sich aber, in wiefern deshalb eine Entschädigung gefordert werden könne, wenn der Kauf nichtig ist? Man unterscheide hier folgende Fälle. I. Beide Theile haben gewußt, daß die Sache nicht verkauft werden durfte. Hier kann kein Theil von dem andern Entschädigung fordern [47]). II. Keiner von beyden hat die Eigenschaft der Sache gekannt. Hier kann der Käufer statt der Sache, welche er nicht erhalten kann, wenigstens das Interesse fordern. So ist nach **Anton Fabers** Erklärung [48]) der Ausspruch des Lici-

45) L. 16. *Cod. de praed. et aliis rebus minor. sine decreto non alien.*

46) *Cap.* 6. *X. de rebus eccles. non alienand. Extravag. un. eodem.*

47) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 62. §. 1. D. h. t.

48) Rational. in Pand. ad L. 70. D. h. t. Siehe auch POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t Nr XIV. not. a. Andere, z. B. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *Putemus*. p. 395. und *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 5. I. h. t. nr. 2. in fin. erklären hingegen die *L. 70. h. t.* so, daß blos der Käufer das bereits bezahlte Kaufgeld zurückbekommen müsse. Noch andere, wie z. B. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXVIII. Th. 7. lit. E. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. glauben, der Käufer könne zwar nach dem strengen Recht auf das Interesse klagen, allein der Verkäufer könne sich mit der exceptio iustae ignorantiae gegen die Klage schützen. Allein die angeführten Gesetze machen offenbar keinen Unterschied, ob der Verkäufer gewußt habe, das die Sache nicht habe verkauft werden können, oder nicht. Nun muß in dem ersten Falle das Interesse geleistet werden, also auch in dem letztern. Es kommt nur darauf an, daß der Käufer die Eigenschaft

Licinius Rufinus *L.* 70. *D. h. t.* zu verstehen, wo es heißt: Liberi hominis *emtionem contrahi posse*, plerique existimaverunt: si modo *inter ignorantes* id fiat. Dieses bestätiget auch Julian *L.* 39. §. 3. *D. de eviction.* Qui liberum hominem sciens vel *ignorans* tanquam servum vendit, *evictionis nomine tenetur.* Ein Gleiches findet III. noch vielmehr in dem Falle Statt, wenn dem Verkäufer die Beschaffenheit der Sache bekannt war, und dieser den unwissenden Käufer hintergangen hat. Licinius Rufinus sagt dieses auch selbst in den folgenden Worten: Quod idem placet, *etiam si venditor sciat*, emtor autem ignoret. Von diesem Falle redet ferner Modestin, wenn er *L.* 62. §. 1. *D. h. t.* sagt: Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, *licet emtio*[49]) *non teneat*, ex emto [50]) tamen adversus vendito-

schaft der Sache nicht gekannt habe. Hierher gehört noch *L.* 4. *et* 5. *D. h. t.* Et liberi hominis et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, *si ab ignorante emitur:* quia difficile dignosci potest liber homo a servo.

49) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim CXC. medit. 3. will für *emtio* lieber *actio* lesen. Soll durch diese Aenderung nicht der Sinn der Worte ganz entstellet werden, so müßte man auch das Unterscheidungszeichen nach *non teneat* wegstreichen, und es nach den Worten *ex emto* setzen. Allein zu einer solchen Veränderung der Leseart ist nicht der geringste Grund vorhanden. Denn daß auch in dem Falle, da der Kauf nicht gilt, gegen den Verkäufer actione emti auf das Interesse geklagt werden könne, ist bekannt. *L.* 1. §. 1. *D. de act. emti et vend.* Mit Recht hat daher auch *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptarum Lectionum iuris civ. pag. 49. sq. die Leysersche Leseart verworffen.

50) POTHIER in Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XIV. not. b. versteht dieß

ditorem experietur, *ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur.* Hat endlich IV. der Käufer gewußt, daß die Sache kein Gegenstand des Verkehrs sey, so kann er keine Entschädigung verlangen, auch nicht einmal das bereits bezahlte Kaufgeld kann er zurückfordern. Denn er hat wissentlich etwas bezahlt, was er nicht schuldig war [51]), Voet [52]) glaubt sogar, der Verkäufer könne auch das Kaufgeld fordern, wenn es noch nicht bezahlt sey. Allein das Letztere läßt sich aus den Gesetzen nicht füglich erweisen. Die hierher gehörigen Stellen sind folgende.

L. 6. pr. D. h. t. Sed *Celsus* filius ait, hominem liberum SCIENTEM te emere non posse, *nec cuiuscunque rei, si* SCIAS, *alienationem* (non) *esse* [53]): ut sacra et

dieß von einer *actio utilis.* Ist ein locus religiosus pro puro verkauft worden, so gibt der Prätor auch eine actio in factum. *L. 8. §. 1. D. de religiosis.*

51) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

52) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

53) So lieset die Taurellische Ausgabe. Baudoza hat, alienationem *interdictum* esse. Haloander, cuius scias, alienationem *prohibitam* esse. *Cod. Pand. Erlang.* hat: alienationem *inhibitam* esse. Brenkmann in dem Göttingischen Corpus iur. civ. und IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. p. 134. vertheidigen die Taurellische Leseart. Ihnen stimmt auch Westphal vom Kauf §. 90. bey. Allein da Taurellius die Partikel NON in eine Parenthese gesetzt hat, so stand sie sicher nicht in der Florentinischen Handschrift. Der Sinn liegt auch ohne diese Parenthese klar vor Augen, wie *Io Guil.* MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 12. §. 1. gezeigt hat, welcher diese Stelle auf folgende Art erklärt: *nec cuiuscunque rei, publicae, sacrae, religiosae, aliena-*

et religiosa loca; aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est Campus Martius.

L. 34. §. 2. *D. h. t.* Liberum hominem SCIENTES emere non possumus [54]). Sed nec talis emtio, aut stipulatio admittenda est, *cum servus erit*: quamvis dixerimus, futuras res emi posse. Nec enim fas est, eiusmodi casus exspectare.

L. 70. *in fin. D. h. t.* Quod si emtor SCIENS, liberum esse, emerit, nulla emtio contrahitur.

Die Regel, daß ein dem gesetzlichen Verbot zuwider geschlossener Kauf nichtig sey, leidet jedoch folgende Ausnahmen 1) wenn das Gesetz, ohne den Handel für ungültig zu erklären, blos eine Strafe damit verknüpft hat. 2) Wenn das Gesetz die Veräußerung blos zum Besten eines Dritten untersagt, und dieser sich seines Rechts nicht binnen der ihm dazu vorgeschriebenen Frist bedient, z. B. wenn ein Minderjähriger nach erreichter Großjährigkeit den ungültigen Kauf nicht binnen fünf Jahren impugnirt [55]).

Noch ist zu bemerken, daß ein erst nach abgeschlossenem Kaufe eintretendes Verbot die noch nicht geschehene Ueber-

alienationem esse (sc. ait CELSUS) *si scias* scil. *talem rem esse, nec haberi posse.* Die doppelte Negation würde einen affirmativen Sinn hervorbringen, der offenbar hier absurd ist.

54) Eine Ausnahme enthält die bekannte Verordnung des Kaisers Constantin des Großen. *L.* 2. *Cod. de patrib. qui filios suos distraxerunt.*

55) *L.* 3. *Cod. Si maior factus alienat. fact. ratihab.*

Uebergabe hindert. [56]). Niemand wird dieses für eine Anwendung des Gesetzes ad praeterita halten, welcher erwägt, daß dasjenige, worauf das Gesetz angewandt wird, keinesweges vorher schon geschehen ist, sondern nur jetzt nach eingetretener Gültigkeit des Gesetzes gehindert werden soll [57]).

§. 976.

Wirkung eines testamentarischen und vertragsmäßigen Veräußerungs-Verbots.

Zuweilen kann auch B) die Veräußerung einer Sache zum Vortheil gewisser Personen durch ein Testament verboten worden seyn. [58]). Solche Fideicommisse können dann anders nicht, als mit Einwilligung sämmtlicher Interessenten, gültig veräußert werden [59]). Ist die

56) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXC. medit. 4.

57) S. Ad. Dietr. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze. (Hannover 1811.) Nr. 56. S. 123.

58) Ohne Bestimmung, zu wessen Vortheil das Verbot der Veräußerung gereichen solle, ist dasselbe ungültig und unverbindlich. *L.* 114. §. 14. *D. de legat. I.* *L.* 38. §. 4. *L.* 93. *pr. D. de legat. III.* S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 351. u. 363.

59) *L.* 120. §. 1. *D. de legat. I.* *L.* 11. *Cod. de fideicommiss.* Paulus *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit.* 1. §. 13. *in Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 388. scheint zwar anderer Meinung gewesen zu seyn. Nach seiner Meinung soll nicht einmal ein Vertrag gelten, der gegen den Willen des Erblassers über das Fideicommiß von den Interessenten geschlossen worden ist. Allein hierauf kann jetzt nicht mehr Rücksicht genommen werden. S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1475.

die Veräußerung von dem mit dem Fideicommiß beschwerten Erben eigenmächtig geschehen, so ist sie null und nichtig, und kann zwar nicht von dem Veräußerer selbst, wohl aber von dem Fideicommissar, zu dessen Nachtheil sie geschehen ist, und zwar entweder gleich, oder erst dann, wenn die bestimmte Zeit erscheint, oder die Bedingung in Erfüllung geht, reklamirt werden [60]). Ist von Familien-Fideicommissen die Rede, und die Veräußerung geschähe von einem Besitzer des Fideicommisses aus Noth wegen dringender Schulden; so besteht sie wenigstens bis an seinen Tod [61]). Bey einer freywilligen Veräußerung hingegen, fällt das Fideicommiß sogleich an den nächsten von der Familie [62]).

Das Veräußerungsverbot kann endlich C) auch in **einem Vertrage** (pactum de non alienando) gegründet seyn [63]). Hier sind folgende zwey Fragen zu erörtern.

I. In

60) *L.* 3. §. 2. et 3. *Cod. Communia de legatis.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 867.

61) *L.* 69. §. 1. *D. de legat. II.* S. *Io.* IENSIUS Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. pag. 243. Wird wegen der Schulden des Erblassers das Fideicommiß verkauft, so erlischt es. *L.* 114. §. 14. *in fin. D. de legat. I.* *L.* 78. §. 4. *D. de legat. II.* *L.* 9. *D. de fideic. libertat.* S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XV. c. 5. und **Westphal** von Vermächtnissen. §. 366. — §. 368.

62) *L.* 69. §. 3. *L.* 77. §. 27. *D. de legat. II.*

63) S. *Io. Nic.* HERT Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. in EIUSDEM *Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 95. und *Christ.* GMELIN Diss. de pacto de non alienando. *Tub.* 1789.

I. In wiefern ist ein solcher Vertrag gültig? Es sind hier zwey Fälle zu unterscheiden.

1) Der Vertrag, sein Eigenthum nicht zu veräußern, ist von dem dritten Nichteigenthümer mit dem Eigenthümer errichtet worden. Hier erklären die Gesetze den Vertrag für ungültig und unwirksam. Pomponius sagt *L.* 61. *D. de pactis.* Nemo paciscendo efficere potest, *ne vicino invito praedium alienet.* Diese Stelle ist aus des Pomponius *libro IX. ad Sabinum* genommen, in welchem dieser Rechtsgelehrte vom Kaufcontract handelt, wie aus der Vergleichung der aus demselben Buche genommenen Fragmente in unseren Pandecten erhellet [64]). Mehrere Ausleger, unter denen ich nur den Gerhard Noodt [65]), Emund Merill [66]) und Joseph Finestres [67]) nennen will, wollen daher das Fragment des Pomponius von dem Falle verstehen, wenn dem Kaufcontract, der Vertrag wäre beygefügt worden, daß der Käufer die Sache nicht ohne Einwilligung des Verkäufers veräußern solle. Allein wenn Pomponius sagt, Niemand könne sich durch Vertrag gültig verpflichten, sein

64) *L* 4. 6. 8. 13. 16. 18. 20. *D. h. t. L.* 1. *D. de heredit. vel act. vend. L.* 5. *D. de periculo et comm. rei vend.* welche Stellen alle aus des Pomponius libro 9. ad Sabinum genommen sind.

65) De pactis et transactionib. cap. VI. §. *Eiusdem generis.* Operum Tom. I. pag. 514.

66) Exposition. in L. Decisiones Iustiniani Nr. XLVI. *Oper.* P. II. pag. 187.

67) In Hermogeniani iuris epitomar. libros VI. Commentar. ad L. 75. D. de contrah. emt. §. 9. pag. 453.

sein Grundstück nicht ohne des Nachbars Einwilligung zu veräußern, so leuchtet ja, wie auch Franz Raguellus [68]) behauptet, in die Augen, daß hier von einem nicht verkauften Grundstück des Eigenthümers die Rede sey. Man sieht es noch deutlicher aus den übrigen von Pomponius angegeführten Fällen. Niemand, sagt dieser Jurist, kann sich auch durch ein pactum gültig verpflichten, einen ihm eigenen Platz zur heiligen Stätte nicht einweihen zu lassen, oder auf eine ihm eigene Stelle keinen Todten zu begraben. Wo ist hier überall von einem pacto venditioni adiecto die Rede? Hierzu kommt, daß ja das pactum de non alienando, als Nebenvertrag, mit dem Hauptcontract gültig gewesen wäre, und die Contractklage begründet haben würde, wie auch Paulus *L.* 21. §. 5. *D. de act. E. et V.* und Hermogenian *L.* 75. *D. h. t.* lehren. Mit dieser Erklärung stimmen auch Hert [69]) und Marc Aurel Galvanus [70]) überein. Der eigentliche Grund, warum man den Vertrag, von welchem Pomponius spricht, für unverbindlich erklärte, war wohl der, weil man glaubte, daß ein solcher Vertrag sich mit der Freyheit des Handels nicht vereinigen lasse, zumal da der Paciscent in den meisten Fällen bey dessen Erfüllung kein Interesse hat [71]). Wenn nun aber gleich dieser Vertrag in der Regel

68) Commentar. ad constitut. et decisiones Iustiniani ad L. ult. Cod. de pactis inter emtorem pag. 268.

69) Cit. Diss. §. 2.

70) De Usufructu. Cap. XXXI. Nr. VIII. pag. 396. sq. (edit. *Tübing.* 1788.)

71) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 61. D. de pactis und GMELIN cit. Diss. §. 5.

Regel unverbindlich ist, so kann doch a) eine vertragsmäßige Strafe auf dessen Verletzung gesetzt werden, welche bezahlt werden muß, wenn der Contrahent diesen Vertrag, der an sich weder für schändlich noch unmöglich zu halten ist, nicht erfüllt. Von einer solchen Convenzionalstrafe ist unstreitig die **Stipulation** zu verstehen, durch welche nach der Lehre des **Paulus** *L.* 11. *D. de religiosis* das pactum de non alienando Wirksamkeit erhalten kann [72]), wie auch **Anton Faber** [73]), **Edmund Merillius** [74]), **Johann Le Grand** [75]), **Pothier** [76]), und **Gmelin** [77]) behaupten. Eine Ausnahme findet ferner b) Statt, wenn dem Nichteigenthümer wegen eines ihm an der Sache des Eigenthümers zustehenden dinglichen Rechts daran liegt, daß sie von dem Eigenthümer nicht veräußert werde. Dahin gehört der Fall, wenn der Pfandgläubiger mit dem Schuldner den Vertrag schließt, daß letzterer ohne seine Einwilligung das Pfand nicht verkaufen wolle. Hier ist der Vertrag gültig, und hat die Wirkung, daß die demselben zuwider unternommene Veräusserung nichtig ist. Es verdient hier die Stelle **Marcians** *L.* 7. §. 2. *D. de distract. pignor.* eine nähere

72) Eine solche vertragsmäßige Strafe kann im Contraventionsfalle von dem Paciscenten auch dann gefordert werden, si eius nihil interest. *L.* 38. §. 17. *D. de Verb. obligat.*

73) FABER Rational. in Pand. ad L. 11. D. de relig.

74) Exposit. in L. Decision. Iustin. Nr. XLVI. 5.

75) *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et differentiar. iuris civ. Lib. II. cap. 5. in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 302.

76) Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Nr. XXV. not. f.

77) Cit. Diss. §. 11.

nähere Erörterung. Quaeritur, sagt dieser Rechtsgelehrte, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit: et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit pósita: ideoque veniri possit? *Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.* So deutlich und expressiv die Worte lauten, so sehr hat man sich dennoch von jeher über den Sinn derselben gestritten. Der Irrwahn, als ob der Gläubiger bey diesem Vertrage kein Interesse habe, hat verschiedene sowohl ältere, als neuere Rechtsgelehrten zu mancherley Aenderungen der Leseart verleitet. Anton Faber [78]) will statt *debitori* vielmehr *debitoris* lesen, und das Gesetz von dem Falle verstehen, wenn der Gläubiger sich verpflichtet hätte, das Pfand nicht zu verkaufen. Unter den neuern Rechtsgelehrten sind dieser Erklärung Ernst Christ. Westphal [79]) und Heinr. El. Gottl. Schwabe [80]) beygetreten. Allein schon Jacob Gothofredus [81]) hat diese Erklärung so gründlich widerlegt, daß man sich wundern muß, wie sie unter den neuern noch hat Anhänger finden mögen. Noch andere wollen: nullam esse pactionem lesen, ut *venditioni* stetur; und halten einen Vertrag in Gemäßheit der *L.* 61. *D. de pactis*

78) De erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXVII. Err. 2.

79) Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 204. Not. 127. S. 301.

80) Von dem Nichtrecht der Hypotheken-Veräußerung des Schuldners ohne des Gläubigers Einwilligung. (Erfurt 1805. 4.) §. 33.

81) Animadversion. iuris civ. Cap. 14. (Tom. III. *Thes. iur. Rom.* pag. 302.)

pactis mit Donellus [82]) für unwirksam. Schon Bartolus [83]) gedenkt dieser Leseart, er bemerkt jedoch, daß er deswegen mit dem jüngern Accursius nach Pisa gereiset sey, um daselbst die jetzt so genannten florentinischen Pandecten zu vergleichen, und habe dann nach seinem Wunsch die gemeine Leseart darin bestärkt gefunden [84]). Ueberdem haben auch Johann Steck [85]) und Johann Wilh. Marckart [86]) diese violente, allen Regeln der Critic entgegenstreitende Emendation mit Recht verworffen. Ein Gleiches gilt von der unkritischen Aenderung des Janus a Costa [87]) welcher: Si pactum sit a *debitore*, ne liceat *creditori* hypothecam vendere, lesen will; worüber schon Hermann Cannegieter [88]) den Stab gebrochen hat. Die gemeine Leseart bedarf keiner Emendation, für ihre Richtigkeit streitet die Auctorität der Florentine, die Uebereinstimmung aller übrigen Ausgaben der Pandecten, und der Basiliken [89]), in welchen letztern der Sinn unserer Stelle ganz kurz auf folgende Art dargestellt wird: Καλῶς ὁ δα-

82) Comm. ad L. 135. §. 3. D. de Verb. obligat.

83) Ad *hanc* L. 7. et ad L. 3. C. de condict. ob caus. dator. nr. 4.

84) S. *Ant.* AUGUSTINUS Lib. IV. Emendation. cap. 17. (Tom. IV. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 1554.)

85) Vindicat. Legum anticriticar. Cap. 14. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. I. pag. 523. sqq.)

86) Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 15.

87) Commentar. ad Tit. Institut. Quib. alienare licet, vel non. §. 1.

88) Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 7. pag. 172.

89) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 7. pag. 72.

δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον, i. e. *Recte paciscitur creditor, ne debitori liceat pignus vendere.* Es kommt also nur darauf an, ob der Vertrag, von welchem **Marcian** hier redet, wirklich ein Interesse für den Gläubiger haben könne? Dies ist es nun freylich, wovon man sich so schwer überzeugen kann. **Hieronymus de Oroz** [90]) verwirft zwar alle Aenderung der Leseart, erklärt aber doch auch das Gesetz so, als ob der Vertrag ohne Wirkung sey. Er nimmt nämlich das Wort *ut* nicht für ein Adverbium, sondern im relativen Sinn für *ita ut*, so daß es auf venditio geht. Der Sinn der Worte: *nullam esse venditionem, ut pactioni stetur* sey also der: es sey gar kein Verkauf denkbar, bey welchem das pactum gelten könne. Allein das Gezwungene dieser Erklärung, welcher auch die Basiliken widersprechen, leuchtet in die Augen. Wäre zu **Marcians** Zeiten dem dritten Besitzer der Hypothek schon das beneficium excussionis zu Statten gekommen, so wäre dann freylich der Nutzen eines solchen Vertrags, vermöge welchen der Schuldner das Pfand nicht gültig verkaufen konnte, außer Zweifel gewesen. Denn der dritte Besitzer, welcher vom Schuldner causam hat, würde sich wohl nicht auf diese Rechtswohlthat berufen können [91]). Allein damals konnte ja der Gläubiger noch seine Hypothek nach Willkühr gegen den dritten Besitzer verfolgen, ohne den Schuldner zuvor ausgeklagt zu haben [92]) Dessen ungeachtet konnte doch auch schon zu **Marcians**

90) De apicibus iuris. Lib. II. cap. 3. nr. 7. pag. 109.

91) S. Westphals Pfandrecht im Nachtrage. S. 26. Not. 227.

92) *L. 19. D. Qui pot. in pign. L. 14. L. 24. Cod. de pignor. et hyp. L. ult. Cod. de obligat. et act.* S. *Fr.* BALDUINUS de

cians Zeiten der in Frage stehende Vertrag für den Gläubiger in mehr als einer Hinsicht ein Interesse haben. Denn da vermöge dieses Vertrags die Veräußerung des Pfandes nichtig ist, so geht auch, wie sonst geschehen seyn würde [93]), das Eigenthum nicht auf den Käufer über, und es kann daher der Gläubiger, wenn über das Vermögen des Käufers ein Concurs entstehen sollte, ein Separationsrecht exerciren, nicht zu gedenken, daß er sich auch schon gleich anfangs der Veräußerung widersetzen kann. Das pactum de non alienando, sofern es einem Veräußerungs-Contract angehängt wird, hindert zwar sonst, wie ich nachher zeigen werde, die Uebertragung des Eigenthums auf einen Dritten nicht, sondern verpflichtet blos den Paciscenten, mit welchem der Vertrag geschlossen worden. Allein da es hier einem Geschäft angehängt wird, wodurch der Gläubiger ein auf der Sache selbst haftendes Recht erhält, welches ein jeder dritter Besitzer anerkennen muß, so afficirt das angehängte pactum, daß der Schuldner das Pfand nicht verkaufen soll, nun ebenfalls die Sache selbst, und es ist kein Wunder, daß es gegen den Dritten geltend gemacht werden kann [94]). Mehrere

de pignorib. et hypoth. cap. 14. und *Franc. Car.* CONRADI Diss. de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente. *Helmst.* 1747. §. 3.

93) *L. 12. Cod de distract. pignor.*

94) S. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 22. *Guil.* FORNERIUS Antinomiar. pignor. §. 20. (in CONRADI Parergor. Lib. II. pag. 264.) *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad L. 7. §. ult. D. de distr. pign. §. 5. pag. 744. sq. und MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 15. pag. 99.

re [95]) fügen auch noch den Grund hinzu, daß das pactum de non alienando, wenn es mit dem Pfandschuldner geschlossen worden, den Gläubiger der Nothwendigkeit, das Eigenthum des Schuldners zu beweisen, überhebe, welcher er sich sonst bey der Verfolgung seines Pfandrechts gegen den dritten Besitzer unterziehen müßte [96]). Westphal [97]) hat jedoch dagegen Verschiedenes erinnert, wovon in der Lehre vom Pfandrecht ein Mehreres. Es ist nun

2) noch ein anderer Fall denkbar, nämlich das pactum de non alienando kann auch von dem bisherigen Eigenthümer mit demjenigen seyn eingegangen worden, an welchen er sein Eigenthum veräußert. Hier ist der Vertrag gültig. Nicht nur Cajus sagt *L.* 48. *D. de pactis* ganz allgemein: In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est; sondern Justinian bestärkt dieses auch noch in der *L. ult. Cod. de pact. inter emtor. et vendit, init.* aus dem beygefügten Grunde: Cum etenim venditor vel alter alienator non alia lege ius suum transferre passus est, nisi tali fretus conventione, quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? Justinian redet zwar nicht ausdrücklich von dem pacto de non alienando, sondern von dem Falle: Si quis ita paciscatur

95) *Io.* STECK Vindicat. Leg. anticriticar. cap. 14. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. III. cap. 11. und HERT Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 15.

96) *L.* 15. §. 1. *D. de pignor.* L. 23. *D. de probat.* *L.* 6. *Cod. Si aliena res pignori data sit.*

97) Pfandrecht, im Nachtrage Not. 227. S. 26.

tur in venditionis, vel alienationis contractu, *ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito, vel alio modo sibi concesso, monumentum exstruere, vel alio modo humano iuri eum eximere;* und entscheidet über die Gültigkeit dieses Vertrags gegen die Zweifel einiger älterer Rechtsgelehrten 98). Allein aus dem Grunde, den Justinian anführt: Forsitan enim multum eius intererat, *ne ei vicinus non solum, quem nollet, aggregaretur*, sed etiam, pro quo specialiter erat interdictum, erhellet deutlich, daß er auch das pactum de non alienando im Sinn gehabt habe, so wie es auch Pomponius *L. penult. D. de pact.* mit den von Justinian namentlich erwähnten Fällen in eine Classe setzt. Der angeführte Grund, keinen unangenehmen Nachbar zu bekommen, scheint wenigstens auf das pactum de non alienando mehr zu passen, als auf die von Justinian angeführten Beyspiele. Es fragt sich nun aber noch

II. worin die Wirkung eines solchen pacti de non alienando bestehe? Die Rechtsgelehrten sind hierüber nicht einerley Meinung. Einige 99) behaupten, es finde, wenn dem Vertrage zuwider gehandelt wird, nicht blos eine persönliche Klage gegen den Paciscenten, sondern auch eine ding-

98) Man vergleiche *L. 11. D. de relig.* mit *L. 61. D. de pactis* S. *Em.* MERILLIUS Exposit. in L. Decision. Iustin. Nr. XLVI. pag. 127. und GMELIN cit. Diss. §. 6—10.

99) *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Lib. I. cap. 31. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVII. Err. 5. sqq. Err. 10. HERT cit. Diss. §. 15—17. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 891. und Thibaut Syst. des Pandectenrechts 2. Th. §. 584. Unter den alten Glossatoren waren Rogerius und Martinus dieser Meinung.

dingliche Klage gegen jeden Besitzer Statt. Denn man glaubt, dieses Pactum hindere die Uebertragung des Eigenthums. Andere [100]) hingegen tragen Bedenken, dem pactum de non alienando diese Wirkung beyzulegen, es ertheile, sagen sie, als ein pactum adjectum, blos eine persönliche Klage auf Leistung des Interesse. Noch andere [1]) wollen einen Unterschied machen, ob dieses Pactum bey dem Vertrage, oder der Uebergabe angehängt worden. In dem ersten Falle werde dadurch die Uebertragung des Eigenthums nicht gehindert, sondern nur eine persönliche Klage bewirkt. In dem letztern Falle hingegen, werde das Eigenthum nicht übertragen, die dem Vertrage zuwider veräußerte Sache könne daher vindicirt werden. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient unstreitig die zweyte den Vorzug. Denn Erstens kann dieser Vertrag schon, als ein pactum adjectum, keine andere Klage, als welche aus dem Hauptcontract entspringt, hervorbringen. Eine dingliche Klage setzt ein dingliches Recht voraus. Aus Verträgen entspringt aber in der Regel nur ein persönliches Recht. Obligationum substantia sagt Paulus *L. 3. pr. D. de obligat. et act.* non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; *sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* So wie daher

100) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. GMELIN cit. Diss. §. 13. sqq. Unter den Glossatoren Azo und Accursius.

1) Dies ist die Meinung des Bulgarus, welcher *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. II. Tit. 14. Qu. 37. beystimmt, aber schon von EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. x. zur Genüge widerlegt worden ist.

daher durch den bloßen Vertrag kein Eigenthum übertragen wird, so wird auch dadurch die Uebertragung desselben nicht gehindert. Diese Meinung bestärken aber zweytens auch die Gesetze.

L. 75. *D. de contrah. E. et V.* Qui fundum vendidit, *ut, si vendat, non alii, sed sibi distrahat*; vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id, quod pepigerunt, *ex vendito* agere poterit.

L. 21. §. 5. *D. de act. emti et vend.* Sed et si ita fundum tibi vendidero, *ut nulli alii eum, quam mihi, venderes*, actio eo nomine *ex vendito* est, si alii vendideris.

L. 135. §. 3. *D. de verbor. obligat.* Ea lege donatum sibi esse a Seia servum et traditum, *ut ne ad fratrem eius, aut filium, aut uxorem, aut socrum perveniret*, scripsit: et haec ita stipulante Seia, spopondit Titius, qui post biennium heredes relinquit Seiam et fratrem; cui ne serviret, expressum erat. Quaeritur, an Seia eum fratre et coherede *ex stipulatu* agere possit? Respondit, *posse in id, quod eius interest.*

L. 3. *C. de condict. ob causam dator.* Ea lege in vos collata donatio: *ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret*, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet: vel ut donatori vel eius heredi *condictio*, si non fuerit conditio servata, quaeratur.

Diese Gesetze lassen gar keinen Zweifel übrig, daß, wenn dem Vertrage zuwider gehandelt wird, wodurch sich der Erwerber einer Sache verbindlich gemacht hat, die auf ihn

ihn übertragene Sache nicht zu veräußern, blos eine **persönliche Klage** auf Entschädigung gegen den **Veräußerer** angestellt werden könne. Wie könnte also eine Interessenklage Statt finden, wenn das Eigenthum nicht überginge? Es ist daher in der That unbegreiflich, wie diejenigen Rechtsgelehrten, welche in diesem Falle nicht blos eine persönliche Klage gegen den Veräußerer, sondern auch eine dingliche Klage gegen den dritten Besitzer Statt finden lassen wollen, die ihrer Meinung so schnurgerade entgegenstreitende *L. 3. Cod. de condict. ob caus. dator* haben als Beweisstelle anführen mögen. Es muß ihnen ja bekannt seyn, daß der Eigenthümer seine Sache nicht condicire [2]). Wie kann also die rei vindicatio mit einer condictio, ohne den offenbarsten Widerspruch, concurriren? [3]) Ganz vergeblich berufen sie sich auf die Worte: id efficit, *ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet.* Denn dieß heißt offenbar nicht soviel, als das Eigenthum werde nicht übertragen. Das Gegentheil lehrt die im Gesetz dem Donator gestattete condictio, welche nur dem Nichteigenthümer zustehe. Daß die Veräußerung, des pacti ungeachtet, an sich nicht ungültig sey, lehren auch die **Basiliken** [4]). Jene Worte sollen also blos den Sinn des Vertrags und den Willen des Donators,

2) *L. ult. in fin. D. Usufruct. quemadm. caveat.*

3) Nur aus Haß gegen Diebe und aus besonderer Begünstigung der Alimente lassen die Gesetze Ausnahmen zu. S. §. *14. I. de actionib.* und *L. 1. Cod. de donat. quae sub modo.*

4) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 1. Const. 31. pag. 503. Man sehe den 12. Th. dieses **Commentars** §. 821. Not. 30. S. 16. f.

natars, so wie die letzteren die Rechtswirkung desselben ausdrücken. Der Sinn der Worte ist also folgender. Ist eine Schenkung unter der Bedingung errichtet worden, daß der Donatar nicht befugt seyn solle, die Sache zu veräußern, so besteht die Wirkung dieses Vertrags darin, daß der Schenknehmer die Veräußerung gänzlich unterlaße; oder, wenn er die Bedingung des Vertrags nicht erfüllt, dem Donator oder dessen Erben, denen deshalb eine Condiction zusteht, das Interesse leiste, das heißt hier, den Werth der Sache ersetze [5]). Die *L. ult. Cod. de rebus alien. non alienand.* kann dagegen nichts beweisen. Denn **Justinians** Absicht war hier nicht die Wirkung des Veräußerungsverbots, sondern nur den Begriff von der Veräußerung zu bestimmen. Drey Fälle werden jedoch ausgenommen, wo auch gegen den dritten Besitzer eine Klage Statt findet, nämlich 1) wenn der Dritte wußte, daß die Sache, die er kaufte, wegen eines mit dem Verkäufer von dessen Auctor geschlossenen Vertrags nicht habe verkauft werden dürfen [6]). 2) Wenn das pactum de non alienando auf eine solche Art geschlossen worden ist,

5) So erklären dieses Gesetz auch *Hub.* CIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. T. I. pag. 242. sq. *Io.* SICHARD Praelect. in Cod. ad L. 3. Cod. de condict. ob caus. dator. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de actionib. Disput. IV. Th. 19. pag. 148. sqq. *Io. Iac.* WISSENBACH Commentat. in Cod. ad L. 3. cit. *Andr.* FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. XII. cap. 28. VAUDUS Variar. Quaest. Lib. I. Qu. 43. nr. 10. und GMELIN cit. Diss. §. 20. Vorzüglich ist jedoch noch zu vergleichen *Io. Balth. a* WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 372.

6) Hier haftet der Dritte wegen seines Dolus. S. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 425.

ist, daß wenn demselben zuwider gehandelt werden würde, das Eigenthum für nicht übertragen gehalten werden solle [7]. 3) Wenn sich der Verkäufer auf den Fall der Nichterfüllung des angehängten Vertrags eine Hypothek auf der Sache vorbehalten hat [8].

§. 977.

III. Kaufpreis. Wie wenn der Preis zum Theil in Gelde, zum Theil in andern Sachen besteht?

Das dritte wesentliche Erforderniß des Kaufs betrift den Preis (pretium). Nam emtionis substantia, sagt **Papinian** *L. 72. pr. D. h. t. consistit ex pretio.* Dieser Kaufpreis muß nun in baarem Gelde, und zwar in einer bestimmten Summe bestehen. Pretium *in numerata pecunia* consistere debet, sagt **Justinian** §. 2. *I. h. t.* Wenn also Sache für Sache, oder zwar Geld für Waare, aber in keiner bestimmten Summe (in folle) gegeben wird, so ist das Geschäft kein Kauf, sondern ein Tausch [9]. Es ist jedoch genug, wenn auf baar Geld gehandelt worden ist. Ist dieses geschehen, und es werden auch nachher, statt des bedungenen Preises, Sachen gegeben, so wird dadurch der Kauf nicht aufgehoben [10].

 Ist

7) STRYK Cautel. contractuum. Sect. I. cap. 3. §. 32. et 33.

8) WERNHER Select. Obs. for. Tom. I P. II. Obs. 372. nr. 35. STRYK c. l. §. 34. HERT Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22.

9) *L. 7. Cod. de rer. permutat. L. ult. D. de condict. causa data caus. non sec.*

10) *L. 144. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 21. §. 4. D. de act. emti et vend. L. 9. Cod. de rescindenda vendit. L. 4. Cod. de evict.*

Ist aber theils auf baar Geld theils auf andere Sachen gehandelt worden, so kommt es zunächst auf die Absicht der Partheyen an, diese entscheidet, ob der Handel ein Kauf oder ein Tausch seyn soll [11]). Ist diese aber nicht deutlich erklärt worden, so muß man im Zweifel unterscheiden, a) ob der größte Theil des bedungenen Preises in Gelde besteht. Hier ist der Handel als ein Kauf anzusehen [12]) Oder b) ob die Sachen, welche zu dem Preise sind zugelegt worden, diesen am Werthe übersteigen. Hier gilt das Geschäft als ein Tausch. Denominatur negotium eo, sagt **Lauterbach** [13]). quod praevalet, alterum, quod superatur, pro additamento habetur. Oder c) ob eben so viel an Gelde als Sachen für die Waare behandelt worden ist. Hier ist es streitig, wofür das Geschäft im Zweifel zu halten sey. Einige [14]) halten es für einen Kauf, andere [15]) für einen Tausch, noch andere

evict. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 40.

11) *L.* 34. *D. de reg. iur.* WERNHER Select. Observat. forens. Tom. II. P. IX. Obs. 60. und LAUTERBACH c. l. §. 39.

12) *L.* 6. §. 1. *D. de act. E. et V. L.* 79. *D. h. t.* VOET h. t. §. 22.

13) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39.

14) HUBER Praelect. iur. civ. sec. Institut. Lib III. Tit 24. § 8. WERNHER select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 60. nr. 6. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. h. t. Qu. 20. not. v. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1904. **Thibaut** System des Pand. R. 2. Th. §. 857.

15) CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Constit. 32. Definit. 15. nr. 7. HOPF Comment. ad Instit. h. t. §. 2.

andere für einen von beyden verschiedenen Vertrag [16]). Die erstere Meinung ist wohl die richtigste. Denn daß der Tausch ein älterer Contract, als der Kauf, ist, hat auf die Entscheidung der gegenwärtigen Frage keinen Einfluß, wie schon **Ludovici** [17]) erinnert hat. Seit Einführung des Geldes hat sich alles geändert, seit der Zeit ist der Kauf gewöhnlicher, als der Tausch, und daher jener eher, als letzter im Zweifel zu vermuthen. Das Interesse dieses Unterschieds besteht hauptsächlich darin, daß der Tausch sofort das Eigenthum überträgt, wenn auch die Gegenleistung noch nicht erfolgt ist, welches hingegen beym Kaufe anders ist [18]). Bey letzterem geht auch die Gefahr der Sache schon vor der Uebergabe auf den Käufer über, aber nicht so im Tauschcontract [19]). Der Untere

16) Westphal vom Kauf. §. 3.

17) Doctrina Pand. h. t. §. 9.

18) Man vergleiche *L. 4. Cod. de rerum permutat.* mit §. 41. *I. de rerum divis.* S. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentation. in Pand. h. t §. 21.

19) Vergleiche §. 3. *I. h. t.* mit *L. ult. D. de condict. causa data causa non sec.* WERNHER c. l. will zwar diesen Unterschied nicht anerkennen, und setzt die L. 5. §. 2. *D. de praescr. verb.* entgegen. Allein diese Stelle beweißt nicht das Gegentheil. Beyde Texte sind in Beziehung auf den Titel zu erklären, unter welchem sie stehen. Die L. 5. sagt nur, daß ich nicht mit der actio praescriptis verbis auf das Interesse klagen kann, wenn im Tauschcontract die zur Gegenleistung versprochene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist. Allein dieses schließt die Zurückforderung des Gegebenen mittelst der condictio causa data causa non secuta nicht aus, welche mir in der L. *ult. cit.* ausdrücklich gestattet wird. S. *Ios. Fernand.* de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 3. et. 4. (in *Thes. Meermani.* Tom.

terschied, daß der Tausch, als ein ungenannter Contract, ein Reurecht giebt, welches hingegen beym Kauf, als einem genannten Contract, nicht Statt findet, fiel schon bey den Römern weg, wenn der Tausch mittelst einer Stipulation geschehen war [20]), und ist heut zu Tage vollends unpractisch, da jeder Vertrag soviel gilt, als eine römische Stipulation.

§. 978.

Erfordernisse des Kaufpreises. 1) Pretium verum.

Der Preis muß jedoch I) wahr und im Ernst festgesetzt seyn, d. i. eine Vergleichung des eigentlichen Werths ausdrücken, so daß er nicht nur als ein Kaufpreis gelten kann, sondern auch dafür angesehen werden soll. Er muß also nicht blos zum Schein (dicis causa), sondern in der Absicht, um einen wirklichen Kauf abzuschließen, seyn festgesetzt worden. Jenes geschieht, wenn entweder ein so geringer Preis bestimmt worden ist, der nach dem Verhältniß des Werths der Sache gar nicht als ein Preis gelten kann (unus nummus); oder wenn zwar ein dem Werth der Sache angemessener Preis versprochen worden, des Verkäufers Absicht aber gleich Anfangs war, daß der vorgebliche Käufer es nie bezahlen, sondern die Sache umsonst haben solle. In beyden Fällen ist das Geschäft kein Kauf, sondern eine Schenkung [21]).

Nam

Tom. VI. pag. 93. sqq.) und *Io Balth. a* WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 60. nr. 4.

20) *L. 3. Cod. de rer. permutat.* S. *Io. Frid.* WERNHER Disquisition. iurid. Collect. II. *Vitebergae* 1730. pag. 14. sqq.

21) *L. 36. D. h. t. L. 3. L. 9. Cod. eodem. L. ult. D. pro donato. L. ult. Cod. de donat.* S. *Io.* D'AVEZAN Libr. contractuum

Nam plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur. Es treten daher hier die Grundsätze von Schenkungen ein. Z. B. die Nothwendigkeit der gerichtlichen Insinuation, wenn der Betrag des Werths die Summe von 500 Ducaten übersteigt, ferner die Eigenschaft der Wiederruflichkeit, wenn das Geschäft unter Ehegatten geschlossen worden ist [22]). Daß wegen eines blos zum Schein bedungenen Preises keine Klage Statt finde, versteht sich von selbst [23]). Dadurch wird hingegen das

tractuum II. Tr. 1. §. *Ex eo vero* pag. 92. Ueber den Unterschied zwischen Kauf und Schenkung vergleiche man *Io. van* NISPEN Diss. ad Fragmenta, quae in Dig. ex Her. Modestini IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. 9. Hatte der Verkäufer nicht die Absicht zu schenken, sondern der ganze Kauf ward blos zum Schein geschlossen, so ist das Geschäft nichtig. *L.* 55. *D. h. t.* Nuda et imaginaria venditio, sagt Paulus, pro non facta est. Et ideo nec alienatio eius rei intelligitur. Eine andere Beschaffenheit hatte es mit der alten Mancipation, welche zwar auch nur, wie Cajus *Institution. Lib. I. Tit.* 6. sagt, eine imaginaria venditio war; allein zur feyerlichen Form bey mehreren Rechtsgeschäften vorgeschrieben war. Man vergleiche hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani Epitom. iuris ad L. ult. D. pro donato. p. 593. sqq. *Ios. Fern. de* RETES Miscellan Lib. I. cap. 18. (in *Meermani Thes. iur. civ.* Tom. VI. pag. 62. sq.) *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 508.) POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXIV. und Westphal vom Kauf §. 4. und 5.

22) *L. 34. et. L. 36.* §. *3. Cod. de donat. L. 5.* §. 5. *D. de donat. int. vir. et uxor.* S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 870.

23) *L. 9. Cod. h. t.* Si donationis gratia praedii factam venditionem traditio sequatur: *actione pretii nulla competente*, perficitur donatio.

das Wesen des Kaufs nicht aufgehoben, 1) wenn ich dem Andern die Sache aus Freundschaft unter dem wahren Werth verkaufe. Man nennt einen solchen Kauf einen Freundskauf, venditio *gratiosa* [24]). Das Geschäft ist und bleibt hier zwar ein wahrer Kauf, wenn auch der Preis noch nicht einmal die Hälfte des wahren Werths betragen sollte. Allein der Kauf ist hier doch kein reiner Kauf, sondern mit einer Schenkung vermischt [25]), welches darum zu bemerken ist, weil ein solcher Kauf angefochten werden kann, sofern die Gesetze keine Schenkung unter den Contrahenten gestatten, wie z. B. unter Eheleuten, oder ein Dritter, z. B. der Notherbe wegen des ihm gebührenden Pflichttheils darunter leidet [26]). Daher sagt Ulpian *L.* 38. *D. h. t.* Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet. Totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est. *Quotiens vero viliore pretio res, donationis causa, distrahitur, dubium non est, venditionem valere.* Hoc inter caeteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio

24) S. *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Disp. de venditione gratiosa. *Tübingae* 1706. in EIUS Differtat. academ. Vol. I. Diss. XXIII. *Io. Bern.* FRIESEN Diss. de emtione venditione donationis causa. *Ienae* 1707. und *Gottl. Euseb.* OELTZE Diss. qua expenditur quaestio: an in venditione gratiosa ius protimiseos locum habeat? *Ienae* 1767.

25) *L.* 18. *pr. D. de donat.*

26) *L.* 1. §. 12. 13. 14. 15. *et* 16. *D. Si quid in fraud. patroni.* *L.* 7. *D. Quae in fraud. creditor.* S. Westphal vom Kauf. §. 153.

pretio viliore, nullius momenti est [27]). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Verkäuser den Werth der Sache kenne, und auch die Absicht zu schenken ausser allem Zweifel sey. Denn ausserdem gilt auch das minoris emere et vendere unter solchen Personen, unter denen sonst die Gesetze keine Schenkungen gestatten. Sine dubio, sagt Pomponius *L.* 31. §. 3. *in fin. D. de donat. inter vir. et uxor.* licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi. 2) War anfangs von einer Absicht zu schenken keine Rede, so bleibt der Kauf ein wahrer Kauf, wenn auch in der Folge der Preis dem Käufer ganz oder zum Theil erlassen wird [28]). Denn man beurtheilt jeden Contract nach seiner anfänglichen Verabredung [29]). So wie nun die Bezahlung des Kaufgeldes nicht zur Perfection des Contracts gehört, sondern die Convention der Partheyen den Contract zur Richtigkeit bringt [30]), so hebt auch die nachherige Erlassung des Preises das Wesen und die Gültigkeit des geschlossenen Contracts nicht auf [31]).

§. 979.

2) Pretium iustum.

Der Preis muß auch II. **gesetzmäßig** seyn. Um dieses gehörig zu beurtheilen, kommt es darauf an, ob der

27) Man sehe auch *L.* 17. *pr. D. ad SCtum Vellejan. L.* 5. §. 5. *De donat. inter vir. et uxor.*

28) Arg. *L.* 5. *D. Locati.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Westphal vom Kauf. §. 6.

29) *L.* 8. *D. Mand. L.* 12. *D. de SCto Macedon. L.* 78. *D. de Verbor. obligat.*

30) *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

31) *L.* 9. *Cod. h. t.*

der Preis der Waare vom Gesetz bestimmt ist, oder blos durch Uebereinkunft der Partheyen festgesetzt wird. In dem ersten Fall darf der vom Gesetz bestimmte Preis (pretium legale) von dem Verkäufer weder erhöhet noch gemindert werden [32]). Denn über die gesetzliche Taxe muß streng gehalten werden [33]). Hat also der Verkäufer diese Taxe überschritten, so kann auch der Heller zurückgefordert werden, den der Verkäufer über die Taxe genommen hat [34]). Er darf aber auch die Waare nicht unter dem gesetzlichen Preis weggeben, damit er nicht alle Kundschaft an sich ziehe, und den übrigen Kaufleuten den Handel verderbe [35]). Wird der Preis durch Uebereinkunft der Partheyen bestimmt, (pretium conventionale) so ist er so lange für gesetzmäßig zu halten, als er keine Ver-

32) Ein Beyspiel einer solchen gesetzlichen Taxe enthält die Verordnung des Kaisers Justinian *L. 1. §. 5. Cod. de communi servo manumisso* und *L. 3. Cod. Commun. de legatis*, worin der Preis der Sklaven nach ihren mancherley Eigenschaften gesetzlich bestimmt ist. Eben so hatte die Lex Sempronia vom Jahre Roms 630. bestimmt, um welchen Preis das Getreide an die ärmere Volksklasse verkauft werden sollte. S. *Io. Melch. Gottl.* BESECKE Commentat. de frumentaria largitione et Legibus frumentariis. *Mitaviae* 1775. 8. Cap. II. §. 19.

33) Nach *L. 1. Cod. de episcop. audient.* und *Cap. 1. X. de emt. et vendit.* ist es sogar den Bischöfen zur Pflicht gemacht, darauf zu sehen, daß die Kaufleute ihre Waaren nicht übertheuern. Allein heut zu Tage gehört diese Sorge für den Policey-Magistrat. S. BOEHMERI ius eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 17. §. 9.

34) S. BERGERI Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. §. 6. Not. 4.

35) *Christph. Lud.* CRELL Exercit. iuris de pretio legali. *Vitembergae* 1756. §. IV.

Verletzung über die Hälfte enthält. Denn die Natur des Handels erlaubt es nicht, hier immer eine genaue Gleichheit zwischen dem Preis und dem Werthe der Sache zu beobachten. Daher sagt Paulus *L.* 22. §. 3. *D: Locati.* In emendo et vendendo *naturaliter* [36]) concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere [37]). Es muß nur freylich der Verkäufer den Käufer nicht etwa durch betrügerisches Vorgeben besonderer Eigenschaften der Sache zu einem theueren Preise verleitet haben [38]). Außerdem ist hier nur der Preis **ungerecht**, welcher noch nicht einmal der Hälfte des wahren Werths der Sache gleichkommt [39]), wie künftig Tit. V. de rescindenda venditione weiter ausgeführt werden wird.

§. 980.

3) Pretium certum.

Der Preiß muß endlich III. auch **gewiß** seyn. Er wird dieses entweder 1) durch unmittelbare Bestimmung der Partheyen, oder mittelbar 2) durch Beziehung auf eine andere Quantität. Z. B. ich verkaufe die Sache um den Markt- oder Ladenpreis, oder welchen der Verkäufer oder sein Erblasser dafür bezahlt hat, oder der Käufer verspricht soviel am Preise zu bezahlen, als er noch baares Geld

36) Id est, secundum naturam et substantiam huius contractus. S. CRELL cit. Diss. §. 3.

37) *L.* 13. §. 4. *et* 5. *D. de act. E. et V.*

38) *L.* 16. §. 4. *D. de minorib. Nov.* 97. *cap.* 1.

39) *L.* 2. *et* 8. *Cod. de rescind. vendit.*

Geld in seinem Kasten hat, oder so hoch er die Sache wieder verkaufen werde. In allen diesen Fällen ist der Preis gleich gewiß, wenn nur die Quantität, worauf sich die Contrahenten bezogen haben, an sich bestimmt und gewiß ist. Denn giebt diese, bey geschehener Untersuchung, keinen gehörigen Werth an die Hand, so zerschlägt sich der Handel [40].

L. 7. §. 1. D. h. t. Huiusmodi emtio: *Quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo*, valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione; magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.

L. 7. §. 2. D. eodem. Si quis ita emerit: *et mihi fundus emtus centum, et quanto pluris eum vendidero*, valet venditio, et statim impletur: habet enim certum pretium, *centum*: augebitur autem pretium, si pluris emtor fundum vendiderit.

L. 37. D. eodem. Si quis fundum iure hereditario sibi delatum ita vendidisset, *erit tibi emtus tanti, quanti a testatore emtus est*; mox inveniatur non emtus, sed donatus testatori: videtur quasi sine pretio facta venditio. Ideoque similis erit sub conditione factae venditioni: quae nulla est, si conditio defecerit.

Die Contrahenten können 3) die Bestimmung des Preises auch in eines Dritten Ermessen stellen. Hier kommt es aber darauf an, ob der Dritte eine gewisse oder ungewisse Person ist. a) Haben die Contrahenten sich blos dahin vereiniget, daß ein Dritter unpartheyischer Sach-

40) S. Westphal vom Kauf. §. 150 — 152.

Sachverständiger den Preis bestimmen solle, ohne jedoch einen zu nennen, so ist der Kauf so gut, als nicht geschlossen. So entscheidet Cajus beym Pachtcontract, *L. 25. pr. D. Locati*, wo er sagt: Si merces promissa sit generaliter *alieno arbitrio*, locatio et conductio contrahi non videtur; und eben dieses muß auch beym Kaufcontract gelten, da hierin nach Justinians Verordnung *L. ult Cod. h. t.* in fin. zwischen Kauf und Pacht kein Unterschied seyn soll [41]). Nur beym Pfandcontract gilt die Verabredung, daß, wenn die Schuld nicht zur bestimmten Zeit bezahlt seyn würde, dem Gläubiger das Pfand für einen sodann zu bestimmenden billigen Preis käuflich verbleiben solle, als ein bedingter Kauf [42]). Denn hier ist der Kauf nur als Neben-Contract anzusehen, und besteht durch die Gültigkeit des Hauptcontracts [43]). b) Haben hingegen die Contrahenten eine Person genannt, welche den Preis bestimmen soll, so lassen sich wieder zwey Fälle gedenken. 1) Der Dritte will oder kann den Preis nicht bestimmen. Hier war es unter den alten Römischen Rechtsgelehrten streitig, ob dennoch der Kauf gelte, oder ungültig werde [44]). Die

Sabi-

41) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Dixi* p. 389. und *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

42) *L. 16. §. ult. D. de pignorib.*

43) NOODT cit. loc. und *Arn.* VINNIUS Comment. ad §. 1. I. h. t. nr. 4.

44) S. NOODT c. l. pag. 390. *Emund.* MERILLIUS Exposit. in L. Decision. Iustin. Nr. VII. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 1. I. h. t. *Franc.* BROEUS Exposit. in Iust. Institut. ad eund. §. h. t. nr. 2. und *Gotfr.* MASCOV Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 6. pag. 188.

Sabinianer behaupteten, der Kauf bestehe dennoch. Denn es komme ja hier nur auf ein billiges Ermessen an, dieses könnte jeder andere Sachverständiger ergänzen. Man müsse also annehmen, die Contrahenten hätten die Bestimmung des Preises mehr auf das arbitrium boni viri, als gerade auf das Ermessen desjenigen gestellt, den sie genannt haben. Sie läugneten daher, daß ein solcher Kauf bedingt geschlossen sey; sie läugneten, daß hier der Preiß ungewiß sey, quia nec mora nec conditio inest viri boni arbitrio [45]). Spuren dieser Meinung äussern sich *L.* 7. *h. t.* und *L.* 22. §. 1. *D. de div. reg. iuris.* Anderer Meinung waren die Prokulianer. Diese hielten den Kauf, du sollst die Sache für den Preis bekommen, den Titius bestimmen wird, für einen bedingten, dessen Bedingung nicht erfüllt sey, wenn Titius den Preis nicht hätte bestimmen wollen, oder können. Der Kauf sey also nichtig eben so, als wenn gar kein Preis bestimmt worden. Spuren dieser Meinung finden sich *L.* 75. *D. Pro socio.* *L.* 25. *D. Locati.* Justinian hat diese Controvers nach der Meinung der Prokulianer entschieden *L. ult. Cod. h. t.* welche folgendergestalt lautet. Super rebus venundandis, si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, *quanti Titius aestimaverit*, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus, quam decidentes sancimus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat, quanti ille aestimaverit, sub hac conditione stare venditionem, ut siquidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum aestimationem eius, et pre-

tia

45) *L.* 1. §. 1. *D. de legat.* 2.

tia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur: scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. *Sin autem, vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto:* nulla conjectura (immo magis divinatione) in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes, contrahentes ad haec pacta venerint: quia hoc penitus impossibile esse credentes, per huiusmodi sanctionem expellimus. Quod etiam in huiusmodi locatione locum habere censemus. 2) Hat hingegen der Dritte den Preis bestimmt, so müssen sich die Contrahenten diese Schätzung gefallen lassen, und der Kauf muß darnach vollzogen werden. Wie aber, wenn der Dritte einen unbilligen Preis bestimmt haben sollte? Fast sollte man glauben, daß nach den Worten der angeführten Verordnung: *omnimodo* secundum eius aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire, sancimus, hierauf gar keine Rücksicht genommen werden solle. Es soll ja auch kein arbitrium boni viri den Mangel der Entscheidung ersetzen, wenn der Dritte den Preis nicht bestimmt hat; wie sollte also die wirklich erfolgte Schätzung des Dritten durch ein herbeygezogenes arbitrium boni viri wieder aufgehoben, und der auf solche Art zur Perfection gekommene Contract wieder vernichtet werden können? Allein alle diese Zweifel hat schon Gerhard Noodt [46]) hinlänglich gehoben. Es war nicht Justinians

46) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Altera quaestio.* pag. 390. sq.

nians Absicht, diese Frage hier zu entscheiden. Es läßt sich daher auch nicht annehmen, daß er die hierauf sich beziehenden ältern Verordnungen des röm. Rechts durch seine Verordnung, welche nur eine alte Controvers unter den römischen Juristen entscheiden sollte, habe aufheben wollen. Der Arbitrator tritt hier an die Stelle der Partheyen. Es kann daher die von demselben geschehene Schätzung keine andere Wirkung haben, als wenn der Preis durch Uebereinkunft der Partheyen wäre bestimmt worden. Sofern also in diesem Falle die Contrahenten sich über erlittene Verletzung beschweren können, muß ihnen auch ein gleiches Recht zustehen, wenn sie durch die Schätzung eines Dritten verletzt worden sind. Denn ihre Absicht war gewiß keine andere, als daß der Dritte einen billigen Preis bestimme. Es braucht auch nicht einmal immer eine Verletzung über die Hälfte vorhanden zu seyn, wenn der Würderer einer Bestechung oder sonstigen Collusion mit dem einen Theile überführt werden kann [47]). Die Regel, welche Paulus *L. 79. D. pro socio* giebt: Si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat; corrigi potest per iudicium bonae fidei, findet daher hier allerdings Anwendung, da sie Paulus nicht blos beym Societäts-Contract, sondern auch *L. 77. D. eodem* auf den Miethcontract anwendet. Da übrigens der Kauf in dem Falle, wo ein Dritter den Preis bestimmen soll, von der Bedingung, daß diese Schätzung annoch erfolge, abhängt, so ist zwar der

47) S. HUBERI Praelect. iur. civ. ad Institut. h. t. §. 6. Thibaut Syst. des P. Rechts 1. B. §. 155. S. auch den 6. Th. dieses Commentars §. 475.

der Kauf bis dahin in Absicht auf das Object noch unvollkommen; es ist jedoch jeder Contrahent verbunden, diese Würderung abzuwarten, und kein Theil darf also von dem Contract zurücktreten. Verschieden davon ist der Fall, wenn die Bestimmung des Preises in die Willkühr eines der Contrahenten gestellet wird, z. B. der Verkäufer sagt zum Käufer, gieb mir für die Sache, so viel du willst, oder was du für billig hältst, oder so viel du glaubst, daß die Sache werth sey. Hier ist der Handel unverbindlich. Denn er könnte ja von der einen Parthey nach Willkühr unnütz gemacht, und der andere Theil nach Belieben herumgeführt werden. Cajus sagt dieses auch ausdrücklich *L.* 35. §. 1. *D. h. t.* Illud constat, *imperfectum esse negotium*, cum emere volenti sic venditor dicit: *Quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum.* Hierzu kommt, was die Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 13. *Cod. h. t.* rescribirt haben: In vendentis, vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, *obligatio nulla est*; idcirco dominus invitus ex huiusmodi conventione rem propriam, vel quilibet alius distrahere non compellitur. Gleichwohl sind viele Rechtsgelehrten [48]) anderer Meinung. Sie halten den Kauf auch in diesem Falle für gültig. Wenn nämlich der

48) *Gerh.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Oportet.* pag. 388. sq. *Barth.* CHESIUS Interpretat. iuris Lib II. cap. 20. nr. 8 — 10. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 1. §. *Quid tamen.* *Ge. Ad.* STRUV Evolution. controversiar. iuris h. t. Th. 19. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1905. not. b.

der Käufer sich zu keinem billigen Preise verstehen wolle, so trete das arbitrium boni viri ein, und der Preis sey nach der Billigkeit zu bestimmen. Man beruft sich auf den Ausspruch **Ulpians**, welcher *L.* 22. §. 1. *D. de div. reg. iur.* sagt: Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, *pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.* Nach dieser Meinung soll also **Cajus** in der oben angeführten Gesetzstelle blos vom dem Falle zu verstehen seyn, wenn der Käufer die ihm angebotene Bedingung des Kaufs nicht angenommen hat. *Imperfectum esse negotium* heiße also hier nicht soviel, das Geschäft sey ungültig, sondern die Perfection desselben hänge von der Bedingung ab, daß die Bestimmung des Preises noch erfolge. Nun glaube ich zwar selbst, daß der Handel dadurch gültig werde, wenn sich der Käufer zu einem billigen Preise verstehe. Allein daß in dem entgegengesetzten Falle ein arbitrium boni viri eintrete, und dadurch der Handel seine Perfection und Verbindlichkeit erhalten könne, streitet offenbar gegen die *L. ult. Cod. h. t.* nach welcher der Mangel des eigenen Ermessens desjenigen, dem die Bestimmung des Preises überlassen worden ist, durch kein arbitrium boni viri ergänzt werden, sondern der ganze Handel nicht gelten soll, weil es hier an einem wesentlichen Erforderniß des Kaufs, nämlich an der Bestimmung des Preises, fehlt. Durch diese neuere Verordnung ist daher, wie auch **Gothofredus** [49]) ganz richtig bemerkt, der *L.* 22. §. 1. *D. de reg. iur.* derogirt worden.

49) Commentar. in Tit. Pand. de div. reg. iuris. ad L. 22. §. 1. cit. pag. 97.

den. Mit mir stimmen hierin die meisten Rechtsgelehrten überein [50].

§. 981.

Bestimmung des Preises bey solchen Sachen, die aus mehreren Quantitäten bestehen.

Werden Sachen verkauft, die aus mehreren Quantitäten bestehen, es seyen fungible, oder auch nicht fungible, z. B. Aecker, die aus mehreren Hufen Landes bestehen, so kann der Preis auf zweierley Art bestimmt werden. 1) Es wird für jede einzelne Quantität ein Preis bestimmt. Dies heißt ein Kauf nach Zahl, Maas oder Gewicht, *emtio* oder *venditio ad mensuram*. 2) Es wird nur ein Preis überhaupt für das Ganze bedungen. *Emtio per aversionem* [51], *venditio ad corpus*, ein Kauf

50) *Iac.* CUJACIUS Recitat. solemn. ad h. Tit. Cod. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 35. §. 1. D. h. t. *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. II. Tract. 1. §. *Quid si.* p. 91. sq. *Io* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 23. in fin. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 40. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 49. *Sam.* de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 24. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. §. 11. Westphal vom Kauf §. 147. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. Tom. II. §. 956. not. k.

51) *L. 62. §. 2. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de periculo et comm. rei vend.* Einige wollen in diesen Stellen statt *aversione* lieber *adversione* lesen, z. B. ALCIATUS Parergor. iuris Lib. VI. cap. 28. und *Henr. a* SUERIN Repetitar. Lection. iuris civ. cap. 28. (in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 45.) Allein es ist kein Grund vorhanden, von der Florentinischen Leseart abzugehen. *G. Gail.* ZEPT Ratio emendandi leges. Cap. VIII. §. 4. Wie

Kauf in Bausch und Bogen. In dem erstern Falle muß der Käufer für soviel Quantitäten den Preis bezahlen, als sich bey der Zuzählung oder Zumessung finden. Fin-

Wie man sich aber diese Benennung recht erklären solle, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Man vergleiche *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. VIII. cap. 15 *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. III. cap. 6. *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. II. cap. 7. *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 10. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VI. cap. 25. *Ulr.* HUBER Digression. Iustin. P. II. Lib. II. cap 8—11. und *Car. Andr.* DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. veterum. pag. 437. Die meisten leiten dieses Wort von *avertere* her, und erklären den Namen *emtio per aversionem* daher, weil der Verkäufer durch einen solchen Kaufhandel sogleich alle Gefahr von von sich abwende, und auf den Käufer übertrage. Allein dieses geschiehet ja auch, wenn eine einzelne Sache gekauft wird, und das Object so bestimmt ist, daß es auf kein weiteres Zumessen oder Zuzählen ankommt. Daher sagt auch Cajus *L.* 35. §. 5. *D. h. t.* Si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, *uno pretio* venierit, idem iuris est, quod in caeteris rebus. Es läßt sich also wohl auf diese Art jene Benennung nicht erklären. POTHIER in Pand. Iustin. T. I. Lib. XVIII. Tit. 6. Nr. XI. not. a. sagt: Venditio fieri dicitur *aversione*, quasi ab aversu, id est, parum attente considerantibus. Ich übergehe andere Erklärungen, die noch unwahrscheinlicher sind, und bemerke nur noch, daß die Griechen in den Basiliken den lateinischen Ausdruck verschiedentlich übersetzen, bald ἐν ὁμάδι, id est, *in universo*, bald durch κόττῳ i. e. *alea*, auf gut Glück kaufen. Es läßt sich also hierüber durchaus nichts mit einiger Wahrscheinlichkeit bestimmen. Ausser den Römischen Juristen haben die klassischen Auctoren diesen Ausdruck in der hier vorkommenden Bedeutung nicht gebraucht.

Findet sich eine grössere Quantität, als der Verkäufer angegeben hatte, so muß der Käufer nachzahlen. Findet sich hingegen eine geringere Zahl, so bezahlt er am Kaufgeld soviel weniger, als der Defect beträgt [52]). So lehrt Paulus *L.* 40. §. 2. *D. h. t.* Qui agrum vendebat, dixit, *fundi iugera decem et octo esse: et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat:* viginti inventa sunt. Pro viginti debere pecuniam respondit. In dem andern Falle hingegen, wenn der Kauf in Bausch und Bogen geschlossen worden ist, zahlt der Käufer nicht mehr, als das versprochene Kaufgeld: der Verkäufer liefert aber auch nicht mehr, als das Ganze beträgt, es enthalte mehr oder weniger, als der Käufer erwartet hatte [53]). Es wäre denn, daß der Verkäufer eine gewisse Zahl von Quantitäten angegeben hätte. Diese muß er alsdann gewähren, er mag sich bestimmt dazu anheischig gemacht haben, oder nicht. Findet sich nun bey der Ausmessung diese Zahl nicht, so geht vom Kaufgelde verhältnißmäßig so viel ab, als das Fehlende beträgt. Findet sich hingegen mehr, so ist dieses ein Vortheil für den Käufer, wofür er nichts nachzahlen darf. Der Unterschied, den hier viele [54]) machen, ob eine Zahl von

52) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33.

53) S. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bem. 21.

54) Ausser unserm Verfasser s. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 31. et 32. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCVI. medit. 6. et 7. Westphal vom Kauf §. 163. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 869. Thibaut System des Pand. R. 1. Band §. 156. LUDOVICI in Usu pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 4. unterscheidet sogar

von Quantitäten blos beyläufig, als ohngefähre Schätzung, (*demonstrative s. demonstrationis gratia*) angegeben, oder ob sie als gewiß vorhanden versichert worden sey, (*restrictive s. modificative s. taxationis gratia*), ist in den Gesetzen nicht gegründet. Diese wollen schlechthin, daß der Verkäufer das prästire, was er gesagt hat. Folgende Gesetzstellen werden uns hiervon überzeugen.

L. 2. pr. D. de act. E. et V. Si in emtione modus dictus est, et non praestatur, ex emto est actio.

L. 4. §. 1. D. eodem. Si modus agri minor inveniatur, pro numero iugerum auctor obligatus est.

L. 6. pr. D. eodem. Tenetur ex emto venditor, etiamsi agnoverit [55]), minorem fundi modum esse.

L. 38.

gar zwischen emtio *demonstrative*, *restrictive* und *modificative* facta. Erstere nennt er diejenige, da zuerst des Ganzen Erwähnung geschehen, und blos beyläufig eine Quantität angegeben worden ist. Z. B. Es verkauft A. dem B. allen in seinem Keller vorjetzt befindlichen Wein, welcher etwa 12. Eymer austragen wird. Die andere, wenn gleich Anfangs auf eine bestimmte Quantität gehandelt worden. Z. B. es verkauft A. dem B. 12. Eymer Wein, welche ihm aus seinem Keller geliefert werden sollen. Die letztere, wenn sich beym Verkaufe des Ganzen der Verkäufer zu einem gewissen Maase verpflichtet hat. Z. B. er stehe dafür, daß der verkaufte Wein zum wenigsten 12. Eymer betrage.

55) So lieset die Taurellische Ausgabe. Haloander und Baudoza hingegen lesen *ignoraverit*. Eben so Cod. Pand. Erlang. Dieser Leseart giebt auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LXVIII. not. a. den Vorzug. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. hat sie gleichfalls als die richtige Leseart angenommen. Allein Bynkershök in der Götting-

L. 38. *pr. D. eodem.* Si venditor hominis dixit, *peculium eum habere decem, nec quemquam adempturum:* et si plus habet, totum praestet; nisi hoc actum est, ut duntaxat decem praestaret: *si minus est, praestet esse decem,* et talem servum esse, ut tantum peculii habeat.

L. 69. §. 6. *D. de evict.* In fundo vendito *cum modus pronunciatus deest*, sumitur portio ex pretio: quod totum colligendum est ex omnibus iugeribus dictis [56].

Mit Recht haben daher auch **Cocceji** [57]) und **Pufendorf** [58]) jenen Unterschied verworffen. Zwar scheint die *L.* 13. §. 14. *D. de act. emti et vend.* zu widerstreiten. Hier sagt **Ulpian**: Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit, et in lege emtionis dictum est, *in fundo centum esse iugera*, et, antequam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi NERATII sententia existimantis, ut, si

tingischen Ausgabe des Corpus iuris vertheidiget die florentinische Leseart, und *Balth.* BRANCHU hat in Observation. ad ius Rom. Dec. I. Cap. 10. gezeigt, daß hier *agnoscere* für ignorare gebraucht sey. Denn *agnosco* sey verschieden von *adgnosco*. Jenes habe hier eine negative Bedeutung.

56) Die hier anzustellende Berechnung des Preises der einzelnen Quantität nach dem Preise des Ganzen beweiset, daß der Kauf ein Aversionalhandel war. WAECHTLER in Opuscul. iurid. pag. 166. erläutert diese Stelle auf folgende Art. Si fundus 50 iugerum emtus sit 100. aureis, et tantum 40. iugera reperiantur, pro 20 aureis tenebitur venditor. Quod enim sunt 10. iugera in modo fundi, qui dictus est, id sunt 20. aurei in pretio, quod conventum est.

57) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8.

58) Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. CXXXII. §. 3. et 4.

si quidem sciens vendidit, ex emto actio competat adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint: quia dolo fecit, nec dolus purgatur. Si vero ignorans vendidit, ex emto actionem non competere. Nach diesem Gesetz scheint es nämlich, als ob der Verkäufer für das, was bey einem Aversionshandel an der angegebenen Zahl von Quantitäten fehlt, anders nicht haften dürfe, als wenn ihm ein Dolus zur Last fällt. Allein so ist es dennoch nicht. Das Grundstück hatte hier durch Alluvion einen Zuwachs erhalten, ehe es noch ausgemessen war. Hierdurch ward zwar das Fehlende hinlänglich ersetzt. Allein der Verkäufer konnte es doch dem Käufer nicht anrechnen, wenn er betrüglich eine größere Hufenzahl angegeben hatte, als der Acker enthielt. Er mußte hier sogar ehemals das Doppelte vergüten [59]. Befand er sich hingegen bey der angegebenen Zahl in einem Irrthum, so war nun durch den Zuwachs alles wieder gut gemacht. Denn diese Accession kann der Verkäufer darum anrechnen, weil der Verkauf vor der Zumessung noch nicht purificirt war, folglich ihm der Vortheil noch zu statten kam. Hieraus folgt aber nicht, daß der Verkäufer auch dann nichts hätte vergüten dürfen, wenn sich nicht alles so, wie hier, gefügt hätte. Denn die Unwissenheit

59) PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit.* 17. §. 4. Distracto fundo, si quis de modo mentiatur, *in duplo eius, quod mentitus est*, officio iudicis aestimatione facta convenitur. Diese Strafe fällt aber nach dem Justinianeischen Rechte weg. S. CUJACIUS ad h. loc. und SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 293. not. 9.

fenheit des Verkäufers kann nur ihm, aber nicht dem Käufer schaden [60]).

Ist übrigens auf Maas, Zahl oder Gewicht gehandelt worden, so ist zwar der Handel in Rücksicht der **Einwilligung** gleich verbindlich. Kein Theil darf sich daher den Kauf gereuen lassen, sobald die Contrahenten über den Preis einig sind. Nur in Ansehung des **Gegenstandes** erhält der Kauf erst durch die Zumessung oder Zuzählung seine Perfection, so daß nun erst die Gefahr auf den Käufer übergeht [61]), wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 35. §. 5. *D. h. t.* In his, quae pondere, numero, mensurave constant, (veluti frumento, vino, oleo, argento), modo ea servantur, quae in caeteris, ut *simul atque de pretio convenerit*, *videatur perfecta venditio*: modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur *perfecta* venditio, *quam si admensa, adpensa adnumeratave sint.*

L. 10. §. 1. *D. de periculo et comm. rei vend.* Fundi nomine emtor agere non potest, cum prius, *quam mensura fieret*, inundatione aquarum, aut chasmate, aliove quo casu pars fundi interierit.

Bey

60) *L.* 1. §. 2. *D. de aedilit. edicto.* *L.* 11. §. 7. *D. de act. E. et V.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 6. pr. et L. 13. §. 14. D. de act. emti et vend. und *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad eund. L. 13. pag. 696. sq.

61) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 35. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1903. in fin.

Bey einem Aversionshandel hingegen geht die Gefahr gleich auf den Käufer über, sobald beyde Theile über die Waare und den Preis einig sind. Denn sobald dieses geschehen ist, hat das Geschäft seine Perfection erreicht. Nur dann kommt es noch auf eine Ausmessung an, wenn der Verkäufer eine Quantität angegeben haben sollte. Denn da der Verkäufer dann auch diese gewähren muß, so hängt die Richtigkeit des Handels noch von der stillschweigenden Bedingung ab, wenn sich bey der Zumessung alles richtig finden wird. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 35. §. 5. *D. h. t.* Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, *uno pretio* venierit: idem iuris est, quod in caeteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras; item oleum, ut in singulas metretas; item frumentum, ut in singulos modios: item argentum, ut in siugulas libras certum pretium diceretur: quaeritur, quando videatur emtio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. SABINUS et CASSIUS tunc perfici emtionem existimant, cum adnumerata, admensa, appensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas, aut in singulos modios, quos quasve admensus eris: aut in singulas libras, quas appenderis: aut in singula corpora, quae adnumeraveris.

L. 35. §. 6. *D. eodem.* Ergo et si grex venierit, siquidem universaliter uno pretio, *perfecta videtur*, postquam de pretio convenerit: si vero in singula cor-

corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

L. 4. §. 1. D. de periculo et comm. rei venditae. Si *averſione* vinum venit, cuſtodia tantum praeſtanda eſt. Ex hoc apparet, ſi non ita vinum venit, ut deguſtaretur, — *omne periculum ad emtorem pertinere.*

L. 62. §. 2. D. h. t. Res *in averſione* emta, ſi non dolo venditoris factum ſit, *ad periculum emtoris pertinebit*: etiam ſi res adſignata non ſit.

§. 982.

Arrha, Angeld, Handgeld.

Bey Schließung eines Kaufs iſt es ſehr gewöhnlich, daß ein Theil dem andern Etwas giebt zum Zeichen und Beweis, daß der Handel abgeſchloſſen ſey, oder noch erſt völlig abgeſchloſſen werden ſolle. Man nennt dieſes ein Angeld, Handgeld, Angabe, Daraufgabe, auch Haftgeld, oder Haftpfennig, *arrha* [62]). Zur Perfection des Contracts iſt dieſes keinesweges nöthig, ſondern es dient nur zum Beweis. Emtio et venditio, ſagt Juſtinian *Pr. I. h. t.* contrahitur, ſimulatque de pretio convenerit: quamvis ne *arrha* quidem datā fuerit. Nam quod *arrhae nomine* datur, *argumentum eſt emtionis et venditionis contractae.* Es wird auch das Handgeld nicht

62) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Tr. de arrha. *Tüb. 1657. Chriſt.* THOMASII Diſſ. de arrhis emtionum. *Halae 1702. Frid. Ulr.* PESTEL Diſſ. de arrha contractibus vulgo adiici ſolita. *Rintelii 1735. Io. Hartw.* REUTER Diſſ. de arrha, pacto imperfecto, data. *Halae 1747.* DREYER Differentiae Iuris Rom. et Germ. in arrhis emtionum. *Kilonii 1747.*

nicht blos beym Kaufcontract gegeben, sondern es kommt auch bey andern Contracten vor. Man kann daher im Allgemeinen sagen, ARRHA sey dasjenige, es bestehe in Geld oder Geldeswerthe [63]), was man seinem Paciscenten zum Zeichen eines mit ihm abgeschlossenen, oder noch abzuschliessenden Vertrags giebt [64]). Die arrha wird nun also entweder gegeben, ehe noch der Contract zu seiner Perfection gekommen ist, oder nach völlig abgeschlossenem Contract. In jenem Falle wird sie *arrha pacto imperfecto data*, im andern *arrha pacto perfecto data* genennt [65]). Der Unterschied besteht nach dem Justinianeischen Rechte darin. I) Ist das Handgeld als Zeichen eines zwar schon verabredeten, aber noch nicht vollkommen verbindlichen Contracts gegeben worden, z. B. im Falle eines bedingten Kaufs, ehe noch die Bedingung erfüllt ist, oder im Falle der Contract schriftlich geschlossen werden soll, ehe noch die Schrift aufgesetzt, und von beyden Theilen unterschrieben ist; so verliert der Con-

63) Die Römer pflegten häufig auch einen Ring zur arrha zu geben, wie aus *L.* 11. §. 6. *D. action. emti et vend.* erhellet. Si *annulus*, sagt daselbst Ulpian, datus sit arrhae nomine. S. auch *L.* 5. §. 15. *D. de instit. act.* Man behauptet, daß auch sogar unbewegliche Sachen eben sowohl zur arrha dienen, als sie verpfändet werden können. S. LAUTERBACH cit. Diss. Th. 60.

64) GÜNTHER in Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. II. §. 941. sagt sehr richtig: ARRHAE nomine venit, quod datur quasi signum obligationis pactitiae.

65) Ohne Grund hat THOMASIUS in Diss. cit. diese Eintheilung bestritten. Er ist desfalls schon vom REUTER cit. Diss. §. 27. und besonders vom *Car. Adolph.* LIMMER in Comm. de arrhis emtionum imperfectarum. *Goettingae* 1767. zur Genüge widerlegt worden.

Contrahent, welcher sich weigert den Contract zur Richtigkeit zu bringen, die gegebene arrha, und hat er von dem andern Theile eine solche empfangen, so muß er, wenn er selbst keine gegeben hat, die empfangene arrha doppelt erstatten, wenn es auch gleich nicht ausdrücklich verabredet worden ist [66].

L. 17. Cod. de fide instrumentor. Illud etiam adiicientes, sagt **Justinian**, ut in posterum, si quae arrae *super facienda emtione* cuiuscunque rei datae sunt, sive in scriptis, sive sine scriptis: licet non sit specialiter adiectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, *in duplum* eas reddere cogatur, et, qui emere pactus est, ab emtione recedens, datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda.

Pr. I. h. t. In iis autem, quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta. — Donec enim aliquid deest ex his: et poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione et venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, *nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum:* hoc enim subsequuto, sive in scriptis, sive sine scriptis, venditio celebrata est, is, *qui recu-*

66) S. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. XCVI. Err. 6. et 7. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Caetera* pag. 386. Den heutigen Gebrauch dieser Grundsätze des Röm. Rechts vertheidiget mit Recht LAUTERBACH cit. Diss. Th. 104.

recusat adimplere contractum, si quidem est emtor, *perdit quod dedit*; si vero venditor, *duplum restituere compellitur*, licet super arrhis nihil expressum est.

Wird nun im Falle eines noch nicht vollkommen abgeschlossenen Vertrags eine arrha gegeben, so entsteht daraus ein eigener von dem Hauptvertrage ganz verschiedener Vertrag, welcher *pactum arrhale* genennt wird. Dieser Vertrag ist an sich ein verbindlicher Vertrag. Zwar wird dadurch das Wesen des Hauptvertrages nicht geändert. Dieser wird dadurch nicht klagbar. Allein aus dem pacto arrhali entspringt die alternative Verbindlichkeit, entweder den Hauptvertrag zu Stande zu bringen, oder sich der gesetzlichen Strafe zu unterwerfen. Aus diesem Vertrage entspringt daher auch eine persönliche Klage wider denjenigen, welcher die Vollendung des Hauptshandels verweigert, auf Herausgabe der doppelten arrha.

L. 3. *Cod. de action. Emti et Vend.* Ex *arrhali pacto* personalis duntaxat actio paciscentibus praeparatur.

Es versteht sich, daß diese Klage nicht die aus dem Kaufcontract entspringende actio emti oder venditi seyn könne. Denn diese Klagen werden erst durch die Erfüllung des Contracts begründet; sondern es ist die *condictio ex Lege* 17. *Cod. de fide instrumentor* [67]) wodurch nur der eigentlichen Contractsklage der Weg gebahnt wird, wie hier durch das Wort *praeparatur* angedeutet werden soll [68]).

Wird

67) S. REUTER Diss. cit. §. 19. et §. 42. et 43. und PESTEL cit. Diss. §. 16.

68) S. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VII. cap. 37. und Westphal vom Kauf. §. 668. Anders erklärt die L. 3. *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. 96. Err. 5.

Wird die Vollendung des Contracts durch zufällige Umstände gehindert, ohne daß dem einen oder dem andern Theile eine Schuld dabey zur Last fällt; so findet keine Strafe Statt, sondern die gegebene arrha kann mit der condictio sine causa zurückgefordert werden [69].

II. Ist hingegen ein Handgeld gegeben worden, nachdem der Handel vollkommen abgeschlossen war, so dient es zum Beweis, daß der Contract nun eine unumstößliche Verbindlichkeit habe. Es ist daher nun keinem Theile weiter erlaubt, von dem Kaufe wieder abzutreten, wenn er auch das Doppelte erstatten wollte [70].

L. 35. pr. D. h. t. Quod saepe *arrhae* nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat: *sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio.*

L. 6.

69) S. LAUTERBACH Diss. cit. Th. 135. et 137. und REUTER Diss. cit. §. 44.

70) Anderer Meinung ist zwar die Gloße ad pr. I. h. t. der auch SALICETUS, *Io.* SICHARD und BRUNNEMANN ad L. 17. Cod. de fide instrum. beystimmen. Allein BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXVIII. Th. 8. lit. B. und PESTEL cit. Diss. §. 4 — 7. haben die Nichtigkeit der Gründe dieser Meinung ganz klar vor Augen gestellt. Zwar hat LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCIV. medit. 1. jene Meinung in Schutz genommen. Allein man sehe MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 424. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 6. Band Meditat. 343. Man vergleiche auch WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subs. I. §. 16.

L. 6. Cod. de resc. vendit. Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori: tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet.

Es kann indessen allerdings ausgemacht werden, daß wenn dem einen oder andern Theile der abgeschlossene Handel gereuen sollte, ihm frey stehen solle, gegen Verlust des gegebenen, oder gegen doppelten Ersatz des empfangenen Handgeldes von dem Contract wieder abzugehen. Hier wird dann die arrha als ein Reukauf (multa poenitentialis) angesehen [71]). Doch wird dieses im Zweifel nie vermuthet, sondern die gegebene arrha ist immer eher für eine *confirmatoria* als für eine *poenitentialis* zu halten [72]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß wenn das Geschäft gehörig erfüllet und gänzlich vollzogen worden ist, das Handgeld zurückgegeben, oder auf das Kaufgeld abgerechnet werden muß [73]). Eben so muß auch in dem Falle, wenn der Kauf mit gemeinschaftlicher Einwilligung wieder aufge-

71) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. *Ant.* FABER c. l. Err. 8. und *Io. Aug.* BACH Diss. de multa poenitentiali in emtione venditione; in eius *Opuscul.* Nr. X. pag. 386. sqq.

72) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXIII. Th. 1. *Arn.* VINNIUS Comm. ad Pr. I. h. t. nr. 12. *Ev.* OTTO Comm. ad idem Pr. I. nr. 5. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 744. a. E.

73) *L. 5. §. 15. D. de instit. act. L. 11. §. 6. D. de act. emti et venditi. Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XI. cap. 17. VINNIUS Comm. ad Pr. I. h. t. nr 8. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 25. Westphal vom Kauf §. 667.

aufgehoben, oder dessen Erfüllung durch Zufall gehindert wird, die arrha zurückgegeben werden. Die Klage in diesen Fällen ist die condictio sine causa, oder auch die Klage aus dem Kaufcontract [74]). Eine Realklage findet deshalb nicht Statt. Denn das Eigenthum der arrha war auf den Empfänger übergegangen [75]). War die arrha blos zur Versicherung gegeben worden, daß der Kauf zur bestimmten Zeit pünctlich werde erfüllet werden, so verliert der Contrahent, der Erfüllung ungeachtet, die gegebene arrha, welcher sich eines Verzugs bey der Erfüllung schuldig machte [76]). Wegen einer blos versprochenen arrha giebt das römische Recht keine Klage, wenn der Hauptcontract noch unvollkommen war [77]). Allein da heutzutage jedes pactum nudum klagbar ist, so behauptet man nicht ohne Grund, daß das Versprechen einer arrha nach dem heutigen Recht eine Klage wirke [78]).

§. 983.

Verbindlichkeiten aus dem Kaufcontract 1) von Seiten des Verkäufers.

Aus dem Kaufcontract entstehen gegenseitige Verbindlichkeiten, welche eintreten, sobald der Contract zur Richtigkeit gekommen ist.

I. Der

74) L. 11. §. 6. *D. de act. E. et V.* L. 2. *Cod. Quando liceat ab emt. discedere.* S. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Dec. 96. Err. 4. LAUTERBACH cit. Diss. Th. 137. et 154. REUTER cit. Diss. §. 45.

75) LAUTERBACH Diss. de arrha Th. 91. und REUTER Diss. cit. §. 31. et 32.

76) GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 958. in fin.

77) *L. 7. §. 4. D. de pactis.* REUTER cit. Diss. §. 20.

78) THOMASIUS cit. Diss. §. 83. und REUTER cit. Diss. §. 11.

I. Der Verkäufer ist A. verpflichtet, die Sache dem Käufer zu übergeben, und zwar mit allen Zubehörungen, die er sich nicht besonders vorbehalten hat, wenn gleich derselben keine besondere Erwähnung geschehen ist [79]), auch solche für sich kein Gegenstand des Handels gewesen wären. So z. B. geht mit dem verkauften Grundstück auch das daran haftende Patronatrecht auf den Käufer über, wenn auch dieses Recht, weil es die Verleihung eines geistlichen Amts zum Zweck hat, nicht allein verkauft werden konnte [80]). Dahingegen kann der Käufer die zur Ernde reifen Früchte des Grundstücks nicht verlangen, wenn sie sich der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten hat [81]). Ausserdem gehören die Früchte des verkauften Grundstücks, welche zur Zeit des geschlossenen Kaufs von dem Verkäufer noch nicht eingeärndet waren, dem Käufer, als eine Zubehörung [82]). Unter dem Wort Pertinenzien, Zubehörungen, versteht man hier alles, was sich als Nebentheil bey einer andern Sache, welche die Hauptsache ausmacht, befindet, und bey derselben bleiben muß [83]) Diese sind unter der causa mit begriffen, mit welcher die Sache auf den Käufer übergeht, wie sich Pomponius *L. 67. D. h. t.* ausdrückt [84]). Zu die-

79) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. 209. medit 1.

80) *Cap. 6. 7. 13. et 16. X. de iure patron.* S. *Paul. Ios a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 710.

81) *L. 40. §. 3. et 4. D. h. t.*

82) L. 13. §. *10. D. de act. E. et V. L. 13. Cod. eodem. L. 44. D. de rei vindicat.* Eben dieses gilt auch bey Subhastationen. LEYSER c. l. medit. 7.

83) S. den 8. Theil dieses Commentars §. 589. S. 250. ff.

84) S. Westphal vom Kauf §. 115.

diesen Zubehörungen rechnet man 1) alles, was durch Wirkung der Natur mit der Hauptsache verbunden ist, als Bäume, Hecken, Gesträuche, Holzungen, Früchte, so lange sie davon nicht abgesondert sind, auch die Vermehrung durch Alluvion [85]). 2) Alle Sachen, welche im rechtlichen Sinn als unbeweglich zu betrachten sind, im Verhältniß zu dem Grundstück, in welchem sie befestiget, oder zu dessen beständigem Gebrauche sie bestimmt sind. Von dieser Art der Pertinenzen ist schon an einem andern Orte [86]) ausführlicher gehandelt worden. Analogisch gehört dann auch alles hierher, was zu beweglichen Sachen in gleichem Verhältniß steht [87]). Z. B. was zur Aufstellung oder Verwahrung einer beweglichen Sache angeschaft worden, wird für ein Zubehör derselben gehalten. Hierher gehören bey Bibliotheken, Münz- und Naturalien-Sammlungen die Repositorien, Schränke und andere Behältnisse; desgleichen bey Kostbarkeiten die Futterale [88]). 3) Die Gerechtigkeiten, welche zu einem Grundstück erworben worden sind, und auf demselben active ruhen, z. B. Servituten, die dem verkauften Grundstück zustehen [89]). Auch solche Gerechtigkeiten, welche bey dem

85) *L. 13. C. de act. emti et venditi. L. 17. §. 1. D. eodem. L. 7. pr. D. de peric. et comm. rei vend.*

86) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 173. S. 524.

87) *L. 44. D. de evict.* S. Thibaut System des Pand. R. 1. Th. §. 265.

88) Arg. *L. 52. §. 8. D. de legat. III.* Allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. 2. Tit. §. 96. 97. u. 102. S. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen Röm. deutschen Privatrechts 1. Th. §. 82.

89) *L. 47. 48. et 49. D. h. t.*

Grundstück unentbehrlich sind, wenn es den bezweckten Nutzen haben soll, sind als Zubehörung desselben anzusehen und der Verkäufer muß sie dem Käufer einräumen, wenn er sie gleich im Kauf nicht ausdrücklich erwähnt hat. Z. B. der Käufer kann nicht anders zu dem gekauften Grundstück kommen, als wenn ihm der Verkäufer den Weg über sein eigenes Grundstück gestattet; so ist dieser Weg als stillschweigend mit verkauft anzusehen [90]. 4) Wirklich unbewegliche Sachen, als Mühlen, die zum Gebrauche eines Landguts erbauet sind, oder auch Ländereyen, die zu einem Hauptgute durch die Bestimmung des Eigenthümers sind geschlagen worden [91]. Dahingegengen ist nicht zu den Pertinenzien zu rechnen a) was zwar zur Ausbesserung, Verschönerung, oder Vergrößerung eines Gebäudes, oder sonst um eines Grundstücks willen angeschaft, aber noch nicht dazu gebraucht und angewendet worden ist. (*Ruta caesa*) [92]. Z. B. Bauholz, Steine, Dachziegel, Weinpfähle, die noch nicht gebraucht, Wandtapeten, welche noch nicht angeschlagen sind. Hieran kann der Käufer keinen Anspruch machen. Ferner b) was zwar in einem Grundstück befestiget, aber nicht zum ökonomischen Gebrauche desselben, sondern zum Behufe des besondern Gewerbes und gegenwärtigen wirthschaftlichen Ge-

90) *L. 40. pr. D. h. t.* Westphal vom Kauf. §. 132.

91) *L. 21. D. de instructo et instrum. legato. L. 20. §. 7. D. eodem.* S. KIND Quaestion. for. T. III. cap. 37.

92) L. 17. §. 5. 6. *et* 11. *L.* 18. §. 1. *D. de act. emti et vend. L. 66. D. de contrah. emt.* S. PÜTTMANN Diss. de rutis caesis *Lipsiae* 1776.

Gebrauche des Verkäufers [93]). c) Diejenigen Sachen, welche zwar einen ökonomischen Nutzen haben, aber doch in dem Grundstück nicht festgemacht sind, und auch zur Hauptsache nicht unumgänglich nothwendig erfordert werden. z. B. der Hausrath ist keine Zubehörung eines verkauften Hauses [94]). Der Käufer kann ihn daher nicht verlangen, wenn er ihm nicht ausdrücklich mit verkauft ist [95]). Streitig aber ist es, ob nicht bey einem verkauften Landgute das instrumentum fundi [96]), das Wirthschaftsinventarium, als Pertinenz desselben anzusehen sey [97])? Die meisten Rechtsgelehrten [98]) stimmen jedoch für die verneinende Meinung, und diese ist auch wohl den Gesetzen gemäßer. Denn 1) setzt Ulpian *L. 17. pr. D. de act. emti et vend.* gerade darin einen vorzüglichen Unterschied zwischen *fundus* und *aedes*, daß zu dem erstern nichts gehört, nisi quod terra se tenet, hingegen bey einem Hause

93) *L. 17. pr. et. § 7. D. de act. emti et venditi.* LEYSER Specim. CCIX. medit. 10.

94) *L. 14. D. de suppellect. legata.* verbunden mit *L. 6. pr. D. eodem.*

95) Westphal vom Kauf §. 135.

96) Was zum instrumentum fundi gehört, erklärt *L. 8. pr. D. de instr. et instrum. leg.* S. den 9. Th. dieses Commentars §. 633. S. 199. Not. 72. Man sehe noch *Car. Ferd.* SCHMID Diss. instrumento fundi. *Viteb.* 1806. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Spec. 388.

97) S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 130.

98) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXVI. medit. 6. und Vol. III. Specim. CCIX. medit. 8. Hommel Pertinenz und Erbsonderungsregister. voc. Inventarium S. 213. u. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subs. I. §. 8. pag. 597.

Hause Pertinenzien vorkommen können, quae aedibus adfixa non sunt. Z. B. die Schlüssel und Schlösser. Ganz diesem gemäß sagt daher 2) Pomponius *L. 21. D. de instructo et instrum. leg.* Nulla ex his rebus, *quae moveri possunt*, paucis exceptis *fundi* appellatione continentur. Ja 3) Callistratus sagt es *L.* 14. *D. de supellect leg.* gerade zu: *Fundo* legato, *instrumentum eius* non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit [99]). Spricht nun gleich Callistratus hier nur von dem Vermächtniß eines Fundus, so ist doch kein Grund abzusehen, warum es beym Kaufe anders seyn sollte, da die Gesetze in Ansehung der Zubehörungen zwischen Kauf und Vermächtniß keinen Unterschied machen, wie aus *L.* 17. §. 2. *D. de act. emti et vend.* klar erhellet, wo Ulpian sagt: Fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta, emtoris et legatarii sunt: ligna autem venditoris vel heredis; *quia non sunt fundi*, tametsi ad eam rem comparata sunt. Durch diese Stelle erhält nun auch die oben angeführte Stelle aus Pomponius ihr Licht, wo er sagte, daß bewegliche Sachen, *paucis exceptis*, nicht zum *fundus* gehörten. Unter diese ausgenommenen Stücke sind z. B. Stroh und Dünger zu zählen, welche sich auf dem verkauften oder vermachten Grundstück zum Zweck der wirthschaftlichen Cultur desselben vorräthig befinden, nicht was zum Verkauf bestimmt ist. In sterculino

99) Das Gegentheil wird zwar in PAULI *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 6. § 34. gelehrt, wo es heißt: *Fundo legato, fundi instrumentum ad legatarium pertinet.* Allein schon SCHULTING hat in Iurispr. Antejust. ad h. L. not. 75. pag. 363. bemerkt, daß man entweder NON *pertinet* lesen, oder annehmen müsse, der Compilator habe hier den Paulus unrichtig excerpirt.

culino autem, fährt daher Ulpian weiter fort, distinctio *Trebatii* probanda est: ut, si quidem *stercorandi agri causa* comparatum sit, *emtorem sequatur*; si vendendi, venditorem: nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo iaceat, an acervus sit. Endlich 4) lehrt auch Papinian *L.* 2. §. 1. *D. de instr. et instrum. leg.* Dotes praediorum, quae graeco vocabulo ἐνθῆκαι appellantur, cum non instructa legantur, legatario non praestantur; und versteht darunter nichts anders, als Inventarienstücke, welche bey einem vermachten oder verkauften Grundstück nicht mit auf den Käufer oder Legatar übergehen, wie Cornelius van Bynkershök [100]) aus Columella [1]) erwiesen hat. Solche Sachen müssen also ausdrücklich mit verkauft seyn, wenn sie der Käufer mit dem Grundstück erhalten soll [2]). Uebrigens verlieren Pertinenzien dadurch ihre Eigenschaft nicht, daß sie auf einige Zeit von dem Orte ihrer Bestimmung sind weggebracht worden, wenn es nur in der Absicht geschahe, um sie zu seiner Zeit wieder an Ort und Stelle zu bringen [3]). Ein Anders wäre, wenn sie in der Absicht wären weggenommen oder abgerissen worden, daß sie nicht wieder an ihre Stelle gebracht, und mit der Hauptsache verbunden werden sollen. Hierdurch hören sie auf, ein Pertinenz zu seyn. [4]). Wird darüber gestritten, ob eine Sache für eine Zube-

100) Observation. iuris Rom. Lib. VI. cap. 9.

1) Lib IV. cap. 30.

2) *L. 40. §. 5. D. h. t.* S. Westphal vom Kauf. §. 135.

3) *L 17. §. 10. et 11. D. de act. E. et V.* *L. 18. §. 1. D. eodem.*

4) Westphal a. a. O. §. 125. GÜNTHER Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. I. §. 182.

Zubehörung einer andern Hauptsache zu halten sey, so muß derjenige den Beweis übernehmen, der etwas als ein Pertinenz in Anspruch nimmt, so weit es nämlich hier auf eine Thatsache ankommt [5]). Ist eine Sache immer mit einer andern Hauptsache für einen Preis verkauft, und in dieser Verbindung von den vorigen Besitzern besessen worden, so entsteht daraus eine Vermuthung für die Pertinenzqualität einer Sache [6]).

§. 984.

Für welche Culpa haftet der Verkäufer?

Der Verkäufer muß ferner B. von der Zeit an, da der Contract zur Richtigkeit gekommen ist, die Sache vor Beschädigungen in Acht nehmen. Er haftet in dieser Rücksicht 1) für culpa levis, wenn durch Unterlassung der nöthigen Sorgfalt, die man von jedem vorsichtigen Menschen erwartet, die Sache deteriorirt wird. Für einen höhern Grad des Fleißes steht er nicht, so lange die Sache noch existirt, und tradirt werden kann. Denn beyde Theile haben gleichen Nutzen aus dem Contract. Dahingegen ist er 2) für jedes, auch das geringste Versehen verantwortlich, wenn die Sache durch seine Schuld verlohren oder zu Grunde geht [7]). Die Gesetze sagen hier, der

5) S. *Sam.* STRYK Diss. de probatione pertinentiarum; in Dissertat. *Eiusd.* Vol. ult. Nr. III. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 15. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 292. f.

6) LUDOLF Observat. P. III. Obs. 245. und *Val. Io.* BESSELIN Theor. gen. de pertinentiis. *Goett.* 1782. Cap. III. §. 22.

7) S. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I cap. 31. Fr. Schömann's Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 122. ff. u. Egid. von Löhr Beyträge zur Theorie der Culpa. S. 121. ff.

der Verkäufer müsse custodiam plenam prästiren. Beyde Sätze beweisen folgende Gesetzstellen. 1) Daß der Verkäufer für culpa levis stehe, lehrt Ulpian *L.* 5. §. 2. *D. Commodati.* Ubi utriusque utilitas vertitur, *ut in emto*, et dolus et culpa praestatur [8]). Derselbe Ulpian macht zwar an einem andern Orte den Verkäufer nur für dolus und culpa lata verantwortlich. Er sagt nämlich *L.* 2. §. 5. *D. de hered. vel act. vend.* Sed et si quid *dolo malo* eorum (nämlich des Erbschaftsverkäufers, und dessen Erben) factum est, quominus ad eos perveniat, et hoc emtori praestandum est. Fecisse autem *dolo malo*, quominus perveniat, videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit *dolo malo*, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed *lata culpa* admiserit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem et deminuta *sine dolo malo venditoris* non praestabuntur. Allein Ulpian redet hier von dem Verkauf einer Erbschaft, zu welcher, als einer universitas iuris, alles gehört, was nicht nur seit dem Tode des Erblassers auf den Verkäufer, als Erben, wirklich gekommen ist, sondern was auch derselbe noch hätte bekommen können, aber durch seine Schuld nicht bekommen hat. Z. B. er hat einem Erbschaftsschuldner die Schuldverbindlichkeit erlassen, oder er hat eine zur Erbschaft gehörige Sache zu vindiciren unterlassen, welche nun durch Verjährung von der Erbschaft abgekommen ist. Niemand wird läugnen, daß der Erbe, als Eigen-

8) Man sehe noch *L.* 23. *D. de div. reg. iur.* *L.* 108. §. 12. *D. de legat. I.* *L.* 21. *circ. fin. D. de heredit. vel act. vendita.*

genthümer, alles dieses thun, und geschehen lassen könne, so lange er die Erbschaft an keinen Dritten verkauft hat. Allein verkauft er nachher die Erbschaft, so muß dieses alles, was durch sein Verschulden von der Erbschaft abgekommen ist, dem Käufer vergütet werden. Denn er handelt unredlich, daß er ihm die Erbschaft als ein unvermindertes Ganzes verkauft. Der hier zu prästirende dolus und culpa lata des Erbschafts-Verkäufers geht also auf die Zeit vor dem Verkaufe [9]), wie aus dem vorhergehenden §. 3. *L.* 2. *cit.* erhellet, wo **Ulpian** sagt: Sed et rerum *ante venditionem* donatarum pretia praestari, aequitatis ratio exigit. Nach dem Verkaufe muß auch der Verkäufer einer Erbschaft unstreitig culpam levem prästiren, weil dieses die Natur des Kaufs mit sich bringt. Von der Zeit an darf also der Verkäufer nichts mit der Sache unternehmen, was ein guter Hausvater nicht gethan haben würde. **Labeo** war zwar der Meinung, daß der Verkäufer für keinen Schaden stehe, wenn derselbe die Sache auch schon vor dem Verkaufe eben so zu behandeln pflegte, als er sie nachher behandelt hat, wenn auch ein Anderer die Sache auf die Art nicht gebraucht haben würde. Allein mit Recht hielt **Paulus** [10]) diese Meinung für falsch. Er glaubt, es komme

9) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 2. §. 5. D. de heredit. vel act. vend. und **Westphal** vom Kaufe §. 840.

10) *L.* 54. *pr. D. de act. E. et V.* (LABEO *Lib. II. Pithanon*) Si servus, quem vendideras, iussu tuo aliquid fecit, et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. PAULUS:

komme allein darauf an, ob der Verkäufer sich eines dolus, oder einer culpa schuldig gemacht habe. Diese fällt ihm aber allerdings zur Last, wenn er etwas gethan hat, was ein prudens et diligens paterfamilias nicht gethan haben würde. 2) Daß der Verkäufer auch für *custodia plena*, das heißt, für jedes auch das kleinste Versehen hafte, wenn die Sache vor der Uebergabe verlohren oder zu Grunde geht, so daß also nur der reine Zufall ausgeschlossen ist, lehren folgende Gesetzstellen. a) *L.* 2. §. 1. *D. de periculo et comm. rer. vend.* CUSTODIAM autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum PLENAM, ut et *diligentiam* praestet: an vero dolum duntaxat, videamus? Et puto, sagt Cajus, *eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum.* b) *L.* 3. *D. eodem.* CUSTODIAM autem venditor talem praestare debet, *quam praestant hi, quibus res commodata est*; ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet. Daß aber den Commodatar nichts als reiner Zufall

LUS: Minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur. Puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere, aut in cloacam demitti solitus esset. *Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei servo non fuerit. — Itaque tota ea res ad dolum malum duntaxat, et culpam venditoris dirigenda est.* Dem Verkäufer war es hier allerdings als eine culpa zuzurechnen, daß er den verkauften Sklaven zu einem gefährlichen Geschäft gebrauchte, da ihm nach dem Kauf keine freie Gewalt mehr über denselben zustand, wenn er ihn auch gleich vorher zu einem solchen Geschäft zu gebrauchen pflegte.

Zufall entschuldiget, lehrt. *L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et action.* c) *L.* 14. *pr. D. de furtis.* Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, *Celsus* scripsit. — Et sane periculum rei ad emtorem pertinet; dummodo *custodiam venditor ante traditionem praestet.* d) *L.* 31. *pr. D. de act. emti et vend.* Si ea res, quam *ex emto* praestare debebam, vi mihi ademta fuerit; *quamvis eam custodire debuerim*, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae eius praestari a me emtori oporteat; *quia custodia adversus vim parum proficit.* Der Verkäufer soll also hier nur darum nicht gehalten seyn, weil er der Gewalt zu widerstehen nicht vermochte. Er ist also in allen Fällen gehalten, wo durch custodia der Schade hätte abgewendet werden können. Nach den angeführten Gesetzen ist nun der Verkäufer zur custodia plena schon an und für sich verpflichtet, ohne sie besonders versprochen zu haben. Allein Justinian scheint §. 3. *I. h. t.* ein besonderes Versprechen zu erfordern, wenn der Verkäufer custodiam prästiren soll. Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit; animadvertendum erit, *an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit?* Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: *si non susceperit, securus erit.* Idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emtori, quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et damni iniuriae actione. Man darf aber nur die ganze Stelle mit Aufmerksamkeit durchgehen, so

so wird man sich leicht überzeugen, daß hier eigentlich davon die Frage sey, in wiefern der Verkäufer für den reinen Zufall stehe. Die Worte: *ad ipsius periculum is casus pertinet*, lassen keinen Zweifel übrig. Mit Recht sagt daher **Everard Otto** [11]): Improprie IUSTINIANUS vocabulum *custodiae* hic accepit, ut qui rem venditam custodire promisit, etiam periculum, sine sua culpa contingens, sustinere teneatur; tunc enim vox *custodiae* imitatur praestationem periculi et casuum fortuitorum. Schon vor ihm erklärte diese Stelle eben so **Peter Burgius** [12]). Der Käufer ist jedoch verpflichtet in dem Falle, da er wegen des Entkommens der Sache nicht haftet, dem Käufer wenigstens die ihm desfalls zustehenden Klagen abzutreten. Für den Schaden selbst aber haftet er nur dann, wenn er für den Zufall zu stehen, besonders versprochen hat. Dies heißt hier *custodiam suscipere*, weil der Verkäufer, im Falle des gänzlichen Entkommens der Sache, ohnehin das geringste Versehen vertreten muß [13]). Für einen Theil der custodia wird die Verbindlichkeit des Verkäufers gehalten, sich von seinem Nach-

11) Commentar. et notae crit. ad Instit. Lib. III. cap. 23. §. 3. not. 7.

12) Elector. libro cap. 12. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 331.)

13) Anderer Meinung ist H. von Löhr in den Beyträgen zu der Theorie der Culpa S. 192. f. Er beruft sich auf die griechische Paraphrase des Theophilus ad §. 3. I h. t. welcher sagt: κυςωδία δέ ἐςι ἡ ἀκριβεςάτη καὶ ὑπερβάλλουσα παραφυλακή, i. e. *est autem* CUSTODIA *diligentissima et exactissima servatio*. Allein man sehe Schöman vom Schadensersatze 1 Th. S. 128 — 132.

Nachbar Caution bestellen zu lassen, wenn desselben Gebäude den Einsturz drohet. Daher verpflichten die Gesetze in Ansehung dieser Cautionsforderung den Verkäufer, der öffentlichen Ordnung wegen, durchaus zu dem höchsten Fleiße, wie sich aus folgenden Gesetzstellen ergiebt. a) *L. 36. D. de act. emti et venditi.* Venditor domus, antequam eam tradat, *damni infecti stipulationem* interponere debet: quia antequam vacuam possessionem tradat, *custodiam* et diligentiam praestare debet; et *pars est custodiae, diligentiaeque, hanc interponere stipulationem: et ideo, si id neglexerit, tenebitur emtori.* Der Käufer selbst kann vor erfolgter Uebergabe nicht de damno infecto stipuliren. Er hat es auch nicht nöthig, weil es zur Pflicht des Verkäufers gehört, auf die Eingehung dieser Stipulation mit allem Fleiße zu dringen. Stipulirt erster dennoch, so ist die Stipulation nur in Hinsicht auf den Schaden von Wirkung, der nach geschehener Tradition entsteht. Die Stipulation würde auch selbst dann dem Käufer keinen weiteren Vortheil gewähren, wenn sie in einem solchen Falle geschehen wäre, wo sie der Verkäufer ohne seine Schuld nicht eingehen konnte, wie Paulus in folgenden Stellen lehrt. b) *L. 18. §. 7. 8. et 9. D. de damno infecto.* Emtor praedii, si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit. Venditorem autem aedium, *priusquam possessionem tradat*, stipulari oportet, *quia huius quoque rei culpam praestat.* Sed quid fiet, si venditor *sine culpa* stipulari non potuerit, et ob hoc emptor stipulatus fuerit? Nonne damnum patitur? An hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emtorem, quia actionem ex emto non habet? Sed nihil

nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit; quia, *dum venditoris custodia est*, is stipulari debet. *omnemque diligentiam emtori praestare:* et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur. c) *L.* 38. *pr. D. eodem.* Emtor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, *quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet:* tunc certe utiliter stipulatur, *cum omnis culpa a venditore abierit:* veluti, si precario emtori in his aedibus esse permisit, *custodiamque ei absfuturus tradidit.* In beyden angeführten Gesetzstellen wird der Fall erörtert, wenn der Käufer eines Hauses vor erfolgter Uebergabe mit seinem künftigen Nachbar wegen des baufälligen Gebäudes desselben de damno infecto stipulirt, und das nachbarliche Gebäude stürzt noch vor der Uebergabe ein. Kann hier der Käufer den Nachbar wegen dieses Schadens aus seiner Stipulation belangen? **Paulus** entscheidet diesen Fall verneinend. Aber wie, wenn der Käufer in einem solchen Falle sich von dem Besitzer des baufälligen Hauses Caution de damno infecto bestellen ließ, wo der Verkäufer es ohne seine Schuld nicht that, sollte er nicht wenigstens in diesem Falle aus seiner Stipulation ein Recht haben, von dem Nachbar Schadensersatz zu fordern? Denn hier hat gegen den Verkäufer keine Klage ex emto Statt. Soll also der Käufer den Schaden leiden? Das scheint doch unbillig zu seyn. **Pothier** [14]) glaubt daher wirklich, die Caution sey in diesem Falle auch auf den Schaden zu erstrecken, der vor der

14) Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XXXIX. Tit. 2. Nr. XIV. not. i. et k. pag. 12.

der Uebergabe geschehen ist. Dies soll der Sinn der Worte seyn: *Nonne damnum patitur?* Die folgenden Worte: *An hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emtorem* erklärt er so: man sage nicht, daß der Käufer wegen dieses Schadens darum nicht klagen könne, weil er zu einer solchen Zeit geschehen ist, wo der Käufer noch nicht Eigenthümer war. Denn dieser Schade gehe ihn allerdings an, weil ja die Gefahr auf den Käufer übergeht, sobald der Kauf abgeschlossen ist. Allein der ganze Zusammenhang dieser Worte mit den nachfolgenden: *Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit* etc. lehrt deutlich, daß dieses nur Zweifelsgründe sind. **Paulus** spricht ohne Unterschied dem Käufer die Klage ex stipulatu ab, wenn der Schade vor der Uebergabe geschehen ist, weil hier nur der Verkäufer, als Besitzer, stipuliren kann. Hat dieser sich keine Caution bestellen lassen, so daß ihm dabey irgend ein Versehen zur Last fällt, so haftet er deshalb dem Käufer mit der actio emti. Ist hingegen dem Verkäufer nichts dabey zur Last zu legen, so ist, da hier die actio emti wegfällt, der Schade als zufällig zu betrachten, welchen also der Käufer nach der Natur des Contracts tragen muß [15]). Ein Anders wäre, wie **Paulus** sagt, wenn der Verkäufer wegen einer vorhabenden Reise dem Käufer die ihm sonst obliegende custodia übertragen, und ihm den Besitz des Hauses einstweilen precario überlassen hätte, ohne ihm jedoch die Sache vermöge des Contracts zu übergeben. Da hier der Verkäufer nicht mehr für omnis culpa steht, so kann der Käufer

de

15) S. WESTPHAL Interpretat. iur. civ. de libertate et servitutib. praedior. §. 228. not. 188. c) pag. 168.

de damno infecto mit Wirkung stipuliren, weil er nun als Besitzer zu betrachten ist. 3) Ist jedoch der Käufer in mora accipiendi, so darf der Verkäufer überhaupt nur für den dolus und culpa lata haften [16]). 4) Hat sich der Verkäufer eines dolus oder groben Versehens schuldig gemacht, weshalb er die Sache nicht tradiren kann; so muß er dem Käufer alles Interesse ersetzen, welches derselbe nun auch durch seinen Eid bestimmen kann [17]). Ist hingegen 5) die Sache noch in Natur vorhanden, so ist der Verkäufer schlechterdings verbunden, sie dem Käufer zu übergeben, und er kann sich dieser Verbindlichkeit nicht entledigen, wenn er auch den Käufer auf andere Art entschädigen wollte. Es wird zwar in mehreren Gesetzstellen gesagt, daß der Verkäufer, wenn er die Sache nicht tradirt, zur Leistung des Interesse gehalten sey [18]). Daher sind sehr viele Rechtsgelehrten [19]) der

16) *L. 17. pr. D. de peric. et commodo rei vend.*

17) *L. 1. pr. D. de act. E. et V. L. 21. § 3. D. eodem. L. 5. pr. D. de in lit. iur.* S. den 12. Th. dieses Commentars 2. Abth. §. 813. S. 416—418.

18) *L. 1. pr. L. 11. §. 8. et 9. et L. 40. D. de action. emti et vend. L. 4. Cod. eodem. L. 10. Cod. eodem. L. 10 pr. D. Quib. modis pign. vel hypoth. solvit. L. 6. Cod. de hered. vel act. vend.*

19) *Andr.* FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. cap. 30. *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIII. cap. 2. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iur. Dec. LXXXV. Err. 4. *Guil.* MASIUS Tr. de rei debitae aestimatione P. I. Cap. 8. *Franc.* DUARENUS Comm. ad Tit. Pand. et Cod. de act. emti et venditi. *Oper.* pag. 1026. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. 37. Th. 2. *Petr.* BELOIUS Varior.

der Meinung, der Verkäufer könne nicht so schlechterdings, wie etwa der Beklagte bey der Reivindication [20]), wenn er dem Befehl des Richters keine Folge leistet, manu militari, officio iudicis zur Uebergabe gezwungen werden, sondern er könne sich von seiner Verbindlichkeit frey machen, wenn er den Käufer auf andere Art entschädige. Denn **Justinian** stelle es *L.* 17. *Cod. de fide instrum.* als einen ganz bekannten Satz auf: *quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id, quod emtoris interest, ei persolvere.* Ja die Verordnung der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L.* 4. *Cod. de act. emti et vend.* lasse vollends gar keinen Zweifel übrig, in welcher es heiße: *Si traditio rei venditae* iuxta emtionis contractum *procacia venditoris* non fiat: *quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus Praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Allein daß es der Willkühr des Verkäufers überlassen seyn sollte, ob er die Sache übergeben, oder das Interesse leisten wolle, streitet ganz gegen die Natur des Kaufcontracts, aus welchem, sobald er abgeschlossen ist, die wesentliche Verbindlichkeit entsteht, ut OMNIMODO, das sind **Justinians** Worte §. 1. *I.*

rior. iuris civ. Lib. II. cap. 5. (in *Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 686.) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XIX. Tit. 1. §. *Tenetur.* pag. 419. *Reinh.* BACHOVIUS Not. et Animadvers. ad Treutlerum. Vol. I. Disp. XXVIII. Th. 2. Lit. C. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 14. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 247. not. 12. et Thes. controvers. Decad. LXVIII. Th. 4. et 5. . HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1914. u. a. m.

20) *L. 68. pr. D. de Rei vindicat.*

l. h. t. et pretium persolvatur, et *res tradatur*, et venditio ad effectum perducatur: emtore quidem *ex emto actione*; venditore *ex vendito* agente. Daß es auch gar nicht die Meinung der Gesetze seyn könne, dem Verkäufer eine solche Willkühr zu gestatten, erhellet daraus, weil in andern Gesetzstellen ausdrücklich gesagt wird, der Verkäufer sey zur Erfüllung des Contracts, d. i. zur Uebergabe, eben so wie der Donator, verbunden, und könne dazu genöthiget werden [21]). Es würde ja auch die offenbarste Unbilligkeit daraus entstehen, wenn die Gesetze gleich nach geschlossenem Kaufe die Gefahr der Sache auf den Käufer wälzen, und es dennoch von der Willkühr des Verkäufers abhängig machen wollten, ob er die Sache übergeben, oder das Interesse leisten wolle. Der Natur des Contracts gemäß, kann also wohl die Meinung der, für die entgegengesetzte Meinung angeführten Gesetze nur diese seyn, daß wenn keine Uebergabe erfolgt, und der Käufer mit der Entschädigung zufrieden seyn will, oder etwa die Sache gar nicht mehr zu erhalten wäre, auf Vergütung des Interesse geklagt oder erkannt werden könne. Wollte man diese Gesetze anders verstehen, so würde es in vielen Fällen dem Verkäufer ein Leichtes seyn, den Contract zu brechen. Er dürfte es nur darauf ankommen lassen, ob der Käufer ein Interesse zu beweisen im Stande ist;

 und

21) *L.* 11. §. 2. *L.* 46. *L.* 50. *D. de act. E. et Vend.* § 2. *I. de donation.* *L.* 35. §. 5. *Cod. de donat.* Eine merkwürdige Stelle hierüber kommt auch in des PAULUS *Sent. Recept.* Lib. I. Tit. 13. A. §. 4. vor: Si id, quod emtum est, neque tradatur, neque mancipetur, *venditor cogi potest, ut tradat*, aut mancipet.

und dieses möchte wohl in manchen Fällen dem Käufer schwer oder gar unmöglich werden. Denn wie manche Sache kauft man nicht blos aus Liebhaberey und zum Vergnügen, die man wohl entbehren könnte? Wie stimmt aber ein solches Benehmen mit der Natur eines contractus bonae fidei überein? cum nihil magis bonae fidei congruat, wie **Ulpian** *L.* 11. §. 1. *D. de act. emti et venditi* sagt quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Man glaubt zwar, es sey bey allen obligationibus faciendi, zu denen auch die Uebergabe zu zählen sey, Regel, daß sich der Promittent durch Leistung des Interesse von seiner Verbindlichkeit frey machen könne [22]). Allein ohne zu berühren, wie vielem Zweifel die hier aufgestellte Regel noch an sich unterworffen sey; wie an einem andern Orte [23]) gezeigt worden ist; so ist ja auch das Factum der Uebergabe selbst gar nicht so, wie etwa die Verfertigung einer gewissen Arbeit, an die Person des Verkäufers gebunden, daß es nicht auch ohne Mitwirkung desselben durch die Auctorität des Richters erzwungen werden könnte. **Ulpian** giebt dieses selbst nicht undeutlich zu erkennen, wenn er *L.* 52. §. 1. *D. de verbor. obligat.* sagt: Si quis vacuam possessionem *tradi* promiserit, non *nudum factum* haec stipulatio continebit, sed *causam bonorum*. Man wendet zwar dagegen ein, es komme hier auf eine Uebertragung des Eigenthums an. Diese könne nicht durch richterliche Execution bewirkt werden, sondern erfordere den Willen des Uebergebenden. Allein auch davon abgesehen, daß ja hier eine

iusta

22) *L. 13. §. 1. in fin. D. de re iudicata.*

23) S. den 4. Th. dieses **Commentars** §. 316. S. 306.

iusta causa praecedens zur Erwerbung des Eigenthums vorhanden ist; so kann allerdings auch durch die Verfügung des Richters der Eigenthümer im Falle eines begangenen Ungehorsams seines Besitzes entsetzt, und das Eigenthum auf einen Andern mit der Wirkung übertragen werden, daß dieser sich auch der Reivindication bedienen kann. Man denke nur z. B. an den Fall, da die cautio damni infecti verweigert, und deswegen eine missio in aedes vom Prätor verfügt wurde [24]). Für diese Meinung streitet auch die Auctorität nicht minder berühmter Rechtsgelehrten [25]).

§. 985.

24) *L.* 15. §. 16. *D. de damno infecto.* *L.* 7. §. 9. *D. Communi dividundo.*

25) CUJACIUS ad *Pauli* Recept. Sentent. Lib. I. Tit. 13. §. 4. *Io.* CURASIUS Miscellaneor. iuris civ. Lib. II. Cap. 3. nr. 7. *Io.* D'AVEZAN Lib. II. Contractuum Tract. I. de emt. et vendit. pag. 94. § *Ex eo.* *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. Cap. 11. in fin. (Tom. III. *Thes. Meerman.* pag. 313.) *Ev.* OTTO Commentar. et Notae crit. ad Institut. h. t. §. 1. nr. 2. *Ulr.* HUBER Praelect. iuris civ. ad Pandect Lib. XIX. Tit. 1. §. 5. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XIX. Tit. 1. §. 12. et 13. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. eod. Libr. et Tit. §. 8. et 9. *Ge. Ad.* STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XXIII. §. 106. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 4. *Ge.* FRANTZKE Comm. in Pand. eod. loc. nr. 28—75. *Iust. Henn.* BOEHMER Introd. in ius Dig. eod. loc. §. 4. Westphal vom Kauf. §. 168. *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 961. in fin. *Guil.* HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. I. Band §. 374. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 554. nr. V. u. a. m.

§. 985.

Wie muß die Uebergabe geschehen?

Die Uebergabe muß nun I) nicht mit bloßen Worten, sondern auf eine solche Art geschehen, daß dadurch der Käufer den Besitz der Sache entweder unmittelbar erhält, oder wenigstens in den Stand gesetzt wird, den Besitz der Sache sogleich selbst ergreifen zu können. Dahin gehört z. B. wenn dem Käufer in Gegenwart der Sache die Schlüssel zu dem Behältniß übergeben werden, worin dieselbe verwahrt ist [26]). II) Die Sache muß dem Käufer zum freien und ungehinderten Besitz übergeben werden. Es muß daher nicht nur der Verkäufer selbst den Besitz räumen, sondern es darf sich auch kein Dritter in dem Besitz der Sache befinden, der den Käufer an der Besitzergreifung hindert; der Besitz muß vielmehr dergestalt übertragen werden, daß ihn der Käufer gegen jeden obsieglich behaupten könne. *L.* 2. §. 1. *D. de act. emti et vend.* sagt *Vacua possessio* emtori tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fideivecommissorum servandorum causa in possessione est, aut creditores bona possideant. Idem dicendum est, si venter in possessione sit: nam et ad hoc pertinet vacui appellatio. Besonders merkwürdig ist *L.* 11. §. 13. *D. eodem.* Idem NERATIUS ait, venditorem in re tradenda debere praestare emtori, *ut in lite de possessione potior sit.* Sed JULIANUS libro XV. Digestorum probat, *nec videri traditum, si superior in possessione emtor futurus non sit.* Erit igitur ex emto actio, nisi hoc praestetur. Hat also

26) *L.* 74. *D. h. t.* *L.* 9. §. 6. *D. de acquir. rer. dom.* *L.* 1. §. 21. *D. de acquir. vel amitt. poss.*

also ein Dritter die Sache als Pfand in Händen, so muß der Verkäufer vor allen Dingen den Gläubiger befriedigen, und die Sache einlösen. Einen solchen Fall enthält *L. 52. §. 1. D. eodem.* Praedium aestimatum, in dotem a patre filiae suae nomine datum, obligatum creditori deprehenditur. Quaesitum est, an filius, qui hereditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset, dote contenta, *actione ex emto teneatur, ut a creditore lucret*, et marito liberum praestaret? Respondit, *teneri.* Der Ehemann, welcher das Grundstück für einen gewissen Preis zum Heyrathsgut erhalten hatte, war hier als Käufer anzusehen. Aestimatio enim pro venditione est [27]). Er konnte daher auch mit Recht von dem Erben seines Schwiegervaters verlangen, daß er dasselbe von dem Gläubiger einlöse, und es ihm schuldenfrey überlasse [28]). Eben dieses bestätiget *L. 5. Cod. de evict.* Ex his praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata, et necdum tibi tradita sunt: *ex emto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur.* Hat der Gläubiger nicht den Besitz der Sache, sondern bloß eine Hypothek, so hat der Verkäufer seiner Schuldigkeit ein Genüge gethan, wenn er dem Käufer die Sache tradirt. Zwar kann ihm die Sache durch die hypothekarische Klage des Gläubigers evincirt werden; allein diese Klage ist doch keine possessorische. Zur vacua possessio ist aber schon genug, wenn nur in possessorio der Käufer ein obsiegendes

27) *L.* 10. §. 4. *et* 5. *D. de iure dot. L. un.* §. 9. *in fin. Cod. de rei ux. act.*

28) S. *Vinc.* CABOTII variar. iuris publici et privati Disputation. libr. II. Cap. 26. (*Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 639.)

des Recht erhält [29]). Hat ein Dritter nur vermöge eines persönlichen Rechts die Sache im Besitz, z. B. als Pächter, so muß dieser ohnehin dem Käufer weichen [30]). Ist eine unkörperliche Sache verkauft worden, z. B. eine Real-Servitut auf des Käufers Grundstück, so läßt sich hier eigentlich eine traditio vacuae possessionis nicht denken. Allein die Stelle derselben vertritt nach der Meinung des **Labeo**, welcher auch **Pomponius** beystimmt, die Caution, welche der Käufer fordern kann, daß ihn der Verkäufer nicht an der Ausübung derselben hindern wolle [31]). Nach der Meinung der neuern römischen Rechtsgelehrten findet jedoch eine Quasi Tradition Statt, welche durch die Ausübung der Servitut von Seiten des Käufers, und das Stillschweigen von Seiten des Verkäufers geschieht, wie aus *L.* 20. *D. de Servitut.* erhellet, wo **Javolen** sagt: Quotiens via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse LABEO, *per te non fieri, quominus eo iure uti possim*: quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, *usum eius iuris pro traditioni possessionis accipiendum esse.* Ideoque et interdicta veluti possessoria interdicta sunt [32]); und diesem gemäß sagt auch **Ulpian** *L.* 1. §. 2. *D. de Servitut.*

29) *L.* 11. §. 13. *D. de act. emti et vend.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 10. und Westphal vom Kaufe §. 165. und 166.

30) *L.* 9. *Cod. de locato.*

31) *L.* 3. §. 2. *D. de act. emti vend.*

32) S. Westphal vom Kaufe §. 162. und Ebenderselbe de libertate et servitutib. praedior. §. 828. Man vergleiche auch den 9. Th. dieses Commentars §. 626. S. 67. Not. 81.

tut. praed. rustic. Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris. Ist die Sache dem Verkäufer entwendet worden, so muß er dem Käufer wenigstens die ihm deshalb zustehenden Rechtsmittel abtreten, damit dieser sich dadurch den Besitz verschaffen könne [33]). III. Der Verkäufer muß ferner dem Käufer auch die Gränzen des Grundstücks beym Verkaufe gehörig anzeigen, wenn die Beschreibung des Grundstücks nicht schon dergestalt geschehen ist, daß sich daraus die Gränzen von selbst ergeben [34]), Es müssen auch die Nachbaren dem Käufer bekannt gemacht werden, weil es leicht möglich ist, daß der Kauf um eines bösen Nachbars willen gar nicht geschlossen seyn würde. Verschweigt er dem Käufer einen solchen Nachbar, so haftet der Verkäufer für den Dolus [35]). Eben

33) *L. 31. pr. D. de act. emti et vend.*

34) *L. 63. §. 1. D. de contrah. emt.* Demonstratione fundi facta, fines nominari superfacuum est: si nominentur, etiam ipsum venditorem nominare oportet, si forte alium agrum, confinem possidet — *L. 48. D. de act. emti et vend.* Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: *Fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit. erit tibi emtus tot nummis*, vacuamque possessionem tradidit, neque fines eius demonstravit. Quaeritur, an emti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit, et *fines ostendere?* Respondi, id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelliguntur. *Quodsi non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi, et fines ostendere:* hoc etenim contractui bonae fidei consonat.

35) *L. 35. §. ult. D. h. t.* Si quis in vendendo praedio *confinem* celaverit, *quem emtor si audisset, emturus non esset*, teneri venditorem. Wie sehr die Alten auf die Nachbarschaft gesehen haben, erhellet aus dem Ausspruche des Plautus in *Mercatore.*

Eben so muß sich der Verkäufer selbst nennen, wenn er Nachbar bleibt [36]). Er muß auch alle über das verkaufte Grundstück vorhandenen Urkunden, z. B. die alten Kauf- und Lehnbriefe, Steuerquittungsbüchlein, ingleichen die Manual-Akten herausgeben [37]). IV) Der Verkäufer muß insonderheit dem Käufer dafür stehen, daß kein Dritter ihm die Sache, als die seinige, abstreite, sondern er den übertragenen Besitz behalten könne [38]). Der Verkäufer haftet daher dem Käufer wegen der Entwährung, wovon Lib. XXI. Tit. 2. *de evictionibus* ausführlicher gehandelt werden wird. V) Die Sache muß ferner

tore: Nunc ego verum illud verbum esse experior vetus; *Aliquid mali esse propter vicinum malum.* Dahingegen sagt Hesiodus: ἔμμορε τοι τιμῆς ὅς᾽ ἔμμορε γείτονος ἐσθλῶ i. e. Optima sors eius, qui bonum sortitur vicinum. S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad. h. L. 35. §. ult. pag. 668. sq.

36) Man sehe die Note 34. angeführte *L.* 63. §. 1. *D. h. t.*

37) *L.* 52. *pr. D. de act. emti et vend.* — Respondit, posse emtorem emti iudicio consequi, ut instrumenta, de quibus quaereretur, exhibeantur. S. HUBER Praelect ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 6. und Westphal vom Kauf §. 171.

38) *L.* 3. *pr. D. de act. emti et vend.* Ratio possessionis, quae a venditore fieri debet, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intelligatur. Cujaz Observat. Lib. XIII. cap. 35. will statt *Ratio possessionis* lieber *Traditio possessionis* lesen. Baudoza liefet *Datio possessionis.* Allein die florentinische Leseart, mit welcher auch Cod. Pand. Erlang. übereinstimmt, läßt sich sehr gut erklären, wie Bynkershök in der Göttingischen Ausgabe des Corp. iuris gezeigt hat. — *L.* 6. *C. de evict.* Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex emto competere actionem.

ner dem Käufer in der gehörigen Qualität übergeben werden, so daß nichts fehle, was bey der Sache entweder ihrer Natur nach, oder vermöge einer besondern Uebereinkunft der Contrahenten seyn muß [39]). VI) Die Sache darf auch nicht fehlerhaft, sondern muß zu dem Gebrauche tauglich seyn, wozu sie der Käufer angeschaft hat, wovon in dem Titel de aedilitio Edicto ein Mehreres. VII) Sie darf auch nicht mit solchen Lasten beschwert seyn, die sich bey Sachen von der Art nicht von selbst verstehen, und also der Käufer weder wußte, noch füglich wissen konnte. Dahin gehören z. B. Servituten. Wegen dieser muß der Verkäufer den Käufer entschädigen. Denn Beschränkung des Eigenthums kann nicht vermuthet werden. Folgende Stellen bewähren diese Sätze.

L. 66. pr. D. de contrah. emt. In vendendo fundo quaedam, etiamsi non condicantur, praestanda sunt: veluti, ne fundus evincatur, aut *usus fructus eius*.

L. 61. D. de aedilitio edicto. Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si scisset, hanc servitutem impositam.

Hätte der Verkäufer auch dem Käufer im Allgemeinen erklärt, daß er für keine Servituten stehe, so verpflichtet ihn dennoch sein Dolus zur Entschädigung, wenn er wußte, daß eine gewisse Servitut auf dem verkauften Grundstück hafte, wie aus folgender Stelle des Scävola erhellet.

L. 69.

39) *L. 11. §. 1. L. 39. D. de act. emti et vend.*

L. 69. §. 5. *D. de evictiou.* Qui fundum tradit, et, *cum sciat*, *certam servitutem deberi*, persusorie dixerit, *itinera*, *actus*, *quibus sunt*, *utique sunt*, evictionis quidem nomine se liberat, *sed quia decepit emtorem*, *emti iudicio tenetur.*

L. 1. §. 1. *D. de action. emti et vend.* Venditor, si, *cum sciret deberi servitutem*, *celavit*, *non evadet ex emto actionem:* si modo eam rem emtor ignoravit. Omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem. Sed *scire* venditorem, et *celare*, sic accipimus, non solum, si non *admonuit*, sed et si *negavit* servitutem istam deberi, *cum esset ab eo quaesitum.* Sed et si proponas, eum ita dixisse: *nulla quidem servitus debetur*, *verum*, *ne emergat inopinata servitus*, *non teneor*, puto eum ex emto teneri: quia servitur debebatur, et scisset. Sed si id egit, ne cognosceret emtor aliquam servitutem deberi, opinor, eum ex emto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri non si securitati suae prospectum voluit. Haec ita vera sunt, si emtor ignoravit servitutes: quia non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignoravit.

Gleichwohl behandeln viele Rechtsgelehrten [40]) die passiven Realservituten wie gewöhnliche Eigenschaften der Grund-

40) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XXI. Tit. 2. §. *Quae dixi* pag. 468. sq. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. eod. loc. §. 7. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat ad Pand. Disput. XLI. Th 16. *Christfr.* WAECHTLER Opusc. iurid. pag. 179. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Tit. de evictionib. §. 16. *Sam. de* COCCEJI iur.

Grundstücke, für welche der Verkäufer anders nicht haften dürfe, als wenn er das Grundstück, als ein ganz freies, mit keinen Servituten beschwertes Grundstück verkauft hat. Diese Meinung scheinen auch folgende Stellen zu begünstigen.

L. 59. *D. h. t.* Cum venderes fundum, non dixisti: *ita ut optimus maximusque:* verum est, quod QUINTO MUCIO placebat, *non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere.* Idem et in urbanis praediis dicendum est.

L. 75. *D. evictión.* Quod ad servitutes praediorum attinet, *si tacite secutae sunt,* et vindicentur ab alio, QUINTUS MUCIUS, et SABINUS existimant, *venditorem ob evictionem teneri non posse:* nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere, *nisi, ut optimus maximusque esset,* traditus fuerit fundus: *tunc enim liberum ab omni servitute praestandum.*

Die Worte: *si tacite secutae sunt,* will man nun so verstehen, wenn beym Verkaufe des Grundstücks der Servituten, die etwa auf dem Grundstück haften könnten, keine ausdrückliche Erwähnung geschehen ist, so stehe auch der Verkäufer dafür nicht, sondern er übergebe das Grundstück, so wie es ist. Allein servitutes, *quae tacite sequun-*

iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. I. Qu. 6. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iuris controv. an evictio praestanda evict. servitute. *Lipsiae* 1773. und Thibaut System des Pandectenrechts I. B. §. 182.

sequuntur fundum, sind vielmehr, wie andere [41]) richtiger sagen, solche Dienstbarkeiten, welche die natürliche Lage des Grundstücks nothwendig macht, die also schon von Natur vorhanden sind, und in die Augen fallen, so daß es sich schon von selbst versteht, daß sie dem Grundstück ankleben. Z. B. der Nachbar kann nicht in sein Grundstück kommen, wenn er nicht über das verkaufte Grundstück geht, oder das verkaufte Grundstück liegt in der Tiefe, und muß also den Abfluß des Wassers von dem benachbarten höher liegenden Grundstück aufnehmen. Für solche Servituten, welche schon der Natur der Sache nach sich von selbst verstehen, darf freilich der Verkäufer nicht haften, wofern nicht der fundus *ut optimus maximusque*, d. i. als völlig frey von allen und jeden Servituten [42]), wäre verkauft worden. Tunc enim liberum, sagt Pomponius, ab omni servitute praestandum. Dahingegen muß er dem Käufer für alle demselben nicht bekannten Passivservituten, welche sich nicht von selbst verstehen, haften, auch selbst dann, wenn auch der Verkäufer sie selbst nicht kannte. Der Käufer kann wenigstens immer auf eine Verringerung des Kaufgeldes Anspruch machen, wie auch Paulus lehrt *L.* 15. §. 1. *D. de evictionib.* Sed et si *servitus* [43]) evincatur, *quanti minoris ob id praedium est*,

41) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XXVII. Th. 20. not. η. und Franz Schömann Handbuch des Civilrechts. 2. B. S. 124—128.

42) *L.* 90. *L.* 169. *D. de Verbor. Signific.*

43) So ist, statt *servus*, mit Cujaz Observation. Lib. II. cap. 20. zu lesen. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXXVII. Th. 6. und Westphal vom Kauf §. 233. u. 331.

est, lis aestimanda est. Ganz anders verhält sich die Sache mit den Activservituten. Hat der Verkäufer diese nicht dem Käufer beym Verkauf des Grundstücks besonders zugesichert, so steht er auch nicht einmal für den nachmaligen Verlust derselben von Seiten des Käufers durch dessen Unwissenheit und Nichtgebrauch, wofern er sie nur nicht dem Käufer arglistig verschwieg [44]). Da hingegen Steuern und andere öffentliche Abgaben bey Grundstücken gewöhnlich sind, so darf der Verkäufer deren wegen keine Entschädigung leisten. Denn diese verstehen sich immer von selbst [45]). Wegen dieser haftet der Verkäufer nur 1) wenn er das Grundstück als ein steuerfreies verkaufte, oder 2) die Abgaben kleiner, als sie sind, angab, oder 3) die öffentlichen Abgaben von der Art sind, daß sie der Käufer ohne besondere Anzeige des Verkäufers nicht vermuthen konnte. Dieses bewähren folgende Gesetzstellen.

L. 21. §. 1. *D. de act. emti.* Si praedii venditor non dicat *de tributo* [46]) sciens, tenetur ex emto. Quod-

44) *L. 66. pr. et §. 1. D. h. t.* *L. 75. in fin. D. de evict.* Westphal §. 231, 232. und 233.

45) *L. 7. D. de publican. et vectigal. L. 2. et 3. Cod. Sine censu et reliquis.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 15. CARPZOV Jurispr. for. P. II. Const. 24. def. 20. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 109. Westphal vom Kaufe §. 234.

46) *Tributum* war bey den Römern von vectigal und stipendium unterschieden, und gehörte zu den ausserordentlichen Abgaben. Erat, sagt *Petr.* BERENONIUS Animadversion. Lib. II. cap. 30. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. I. pag. 660.) *quod extra ordinem*

Quodsi ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium erat, non tenetur.

L. 41. *D. eodem.* In venditione super annua pensitatione pro aquaeductu infra domum Romae constitutam [47]) nihil commemoratum est. Deceptus ob eam rem ex emto actionem habebit. Itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio *improvisi oneris* habetur.

L. 9. *Cod. eodem.* Si minor a venditore sive sciente sive ignorante dicebatur capitatio praedii venditi, et maior inventa sit: in tantum convenitur, in quantum, si scisset emtor, ab initio minus daret pretii. Sin vero huiusmodi onera et gravamen functionis cognovisset, nullam adversus venditorem habet actionem.

Es erhellet zugleich aus diesen Gesetzstellen, daß es bey ausserordentlichen Abgaben, welche der Käufer nicht vermuthen konnte, nicht einmal darauf ankommt, ob der Verkäufer davon Wissenschaft gehabt hat oder nicht. Er muß sich in dem letzteren Falle wenigstens immer eine Min-

dinem solennium vectigalium ad exercitum alendum imperabatur civibus. Hiermit stimmt auch THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 40. I. de rer. divis. überein, wo er sagt: *Tributum* est grave vectigal, quod suis provincialibus imponebat Imperator, utpote multa impendens circa sustentationem militum. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 9. not. q.

47) POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. LIX. not. b. glaubt, daß statt *constitutam* vielmehr *constituto* zu lesen sey.

Minderung des Werths der Sache gefallen lassen, dahingegen er in dem ersten Falle dem hintergangenen Käufer allen Schaden ersetzen muß [48]). Hierher gehört noch

L. 13. §. 6. *D. eodem.* Idem JULIANUS, dolum solere a venditore praestari, etiam in huiusmodi specie ostendit. Si, cum venditor sciret, fundum pluribus municipiis *legata* [49]) debere, in tabula quidem conscripserit, *uni municipio deberi*, verum postea legem consignaverit, *si qua tributorum, aut vectigalis, indictionisve quid nomine, aut ad viae collationem praestare oportet, id emtorem dare, facere, praestareque oportere:* ex emto eum teneri, quasi decepisset emtorem. Quae sententia vera est.

Hätte der Verkäufer die auf der Sache haftenden Abgaben übernommen, so kann zwar dieser Vertrag dem Fiskus, welchem die Steuern gebühren, auf keine Weise zum Nachtheil gereichen, sondern dieser fordert sie von dem Käufer, als dem gegenwärtigen Besitzer [50]). Allein es fragt

48) Dies heißt eigentlich: *tenetur ex emto.* S. *Vinc.* CABOTIUS Variar. iuris publ. et priv. Disputation. Lib. II. cap. 25. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag 638.)

49) Für *legata* lieset CUJACIUS Observation. Lib. V. cap. ult. mit den *Basilicis* Tom. II. pag. 389. richtiger *vectigalia.* Man sehe auch *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. pag. 695. und Westphal vom Kaufe §. 235.

50) Ante omnia enim animadvertendum est, sagt *L. 27. §. 4. in fin. D. de pactis*, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat. Ausdrücklich aber sagt *L. 42. D. eodem.* Inter debitorem et creditorem convenerat, ut creditor onus tributi praedii pignerati non agnosceret,

fragt sich, ob der Vertrag nicht wenigstens unter den Contrahenten dergestalt gültig sey, daß der Käufer die Vergütung der bezahlten Steuern von dem Verkäufer actione emti fordern könne? Die Rechtsgelehrten sind hierüber verschiedener Meinung. Einige [51]) tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen. Sie sagen, so weit der Fiskus nicht darunter leidet, sey nicht abzusehen, warum der Vertrag unter den Parthenen nicht gelten solle. Die *L.* 42. *D. de pactis* erkläre diesen Vertrag auch nur ausdrücklich *quantum ad fisci rationem* für unverbindlich. Daß aber der Vertrag unter den Contrahenten gültig sey, lehre ganz bestimmt *L.* 52. §. 2. *D. eodem*, wo es heißt: Pactum, ut si quas summas propter tributiones praedii pignori nexi factas creditor solvisset, a debitore reciperet, et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet, iustum ideoque servandum est. Allein andere [52]) verneinen

ret, sed eius solvendi necessitas debitorem spectaret; talem conventionem, *quantum ad fisci rationem*, non esse servandam respondi. *Pactis etenim privatorum formam iuris fiscalis convelli non placuit.*

51) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 31. def. 1. *Io.* BRUNNEMANN Comm. ad L. 42. D. de pact. *Io. Balth. a* WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 389. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XL. medit. 6. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 10. und Westphal vom Kauf §. 629.

52) *Ge.* FRANTZKIUS Comment. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 151. sqq. *Ulr.* HUBER Praelect. iuris civ. sec. Pandect. Lib. L. Tit. 15. §. 3. *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Ex. XXX. §. 131. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 15. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observation.

neinen diese Frage mit mehrerem Grunde. Denn die Gesetze, welche für die bejahende Meinung angeführt werden, gehören gar nicht hierher. Sie reden von einem Vertrage zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner, daß dem erstern die Abgaben, welche er von dem verpfändeten Grundstück bezahlt hat, von dem Schuldner vergütet werden sollen, und daß dieser auch die künftigen Auflagen tragen soll. Dieser Vertrag ist allerdings erlaubt, und daher zu halten. Denn der Schuldner bleibt ja Eigenthümer, ihm müssen auch die Früchte berechnet werden [53]. Der Gläubiger kann daher auch von Rechts wegen dasjenige dem Schuldner anrechnen, was er wegen des gehabten Pfandbesitzes an Steuern und andern öffentlichen Abgaben hat bezahlen müssen [54]. Ein ganz anderes Verhältniß

vation. ad *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 25. *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Disput. de pacto privato collectarum in alios devolutivo. (in EIUS *Dissertation. academ.* Vol. II. Nr. 69.) *Io. Ge.* BERTOCH Diss. de pacto, quo venditor tributa in se recipit, non modo quoad fiscum, sed et quoad ipsos contrahentes invalido. *Erfordiae 1725.* *Ge. Sam.* MADIHN Pr. de virtute conventionis, qua fundi venditi tributa in venditorem transferuntur. *Francof. ad Viadr. 1778.* *Io. Tob.* RICHTER Diss. de pacto, quo quis fundum sine tributis habeat, vel alienet, prohibito. *Lipsiae 1771.* *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 191. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad *Coccejum.* Tom. II. pag. 449. not. 5. und besonders *Io. Ad. Theop.* KIND Quaestion. for. Tom. IV. cap. 43. auch HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1907. in fin.

53) *L. 1. et 3. Cod. de pignor. act.*

54) *L. 6. Cod. de pignorib.* In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum

hältniß findet zwischen dem Käufer und Verkäufer Statt. Auf den erstern ist durch die Uebergabe Eigenthum und Besitz übertragen worden. Er zieht auch als Eigenthümer die Früchte der Sache. Nun sagt *L.* 2. *Cod. de annonis et tributis.* Annonas is solvere debet, qui possessiones tenet, et fructus percipit. Welche auffallende Unbilligkeit würde also nicht ein solcher Vertrag schon seiner Natur nach mit sich führen, wenn der Verkäufer die Last der Auflagen tragen sollte, während der Käufer die Sache besitzt, und die Früchte derselben genießt? Mit Recht sagt daher **Paulus** *L.* 13. *D. de impensis in res dotales factis:* Neque stipendium, neque tributum, ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest: *onus enim fructuum haec impendia sunt.* Es fehlt aber auch nicht an ausdrücklichen Gesetzen, welche dem Vertrage auch selbst unter den Contrahenten alle verbindliche Kraft absprechen, ja ihn als einen unbilligen Vertrag verbieten, damit nicht gewinnsüchtigen Käufern hierdurch Gelegenheit gegeben werde, sich die Verlegenheit der für den Augenblick Geldes benöthigten Verkäufer zu Nutze zu machen. Es sind hier folgende Gesetze merkwürdig.

L. 1. *Cod. Sine censu vel reliquis.* Ex conventione quidem, qua pactam novercam tuam cum patre tuo dicis, cum fundum in dotem daret, *ut ipsa tributa agnosceret*, actio tibi adversus eam competere non potest, etiamsi pactum in stipulationem deductum probetur. Sed et si fundus aestimatus, ita ut pars instrumenti

rum muniendarum vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

menti significat, in dotem datus est, *ex vendito actio, ut placitis stetur, non competit.*

L. 2. Cod. eodem. Rei annonariae emolumenta tractantes, cognovimus, hanc esse causam maxime reliquorum [55]), *quod nonnulli captantes aliquorum momentarias necessitates sub hac conditione fundos comparant, ut ne reliqua eorum fisco inserant, et immunes eos possideant.* Ideoque placuit, ut si quem constiterit huiusmodi habuisse contractum, atque hac lege possessionem esse mercatum: tam pro solitis censibus fundi comparati, quam pro reliquis universis eiusdem pessessionis obnoxius teneatur: *cum necesse sit, eum, qui comparavit, censum rei comparatae agnoscere: nec liceat cuiquam rem sine censu comparare vel vendere* [56]).

L. 3. Cod. eodem. Omnes pro his agris, quos possident, publicas pensitationes agnoscant: *nec pactionibus contrariis adiuventur, si venditor apud se collationis sarcinam pactione illicita voluerit retinere.*

Diesen sind noch folgende zwey Stellen aus dem Theodosianischen Codex beyzufügen.

L. 2.

55) *Reliqua* sind rückständige Abgaben, tributa praeteriti temporis. S. *Iac.* GOTHOFREDI Glossarium Cod. Theodos. h. voc. in Tom. VI. pag. 261. Daß solche Rückstände, wenn sie der Käufer bezahlt, von dem Verkäufer wieder gefordert werden können, hat wohl keinen Zweifel. Allein es ist von diesen allein in dem Gesetz die Rede nicht, sondern von einer gänzlichen Immunität, die sich der Käufer ausbedungen hatte. Diese wird hier gemißbilliget.

56) Dieses Gesetz ist aus *L. 1. Cod. Theod. Sine censu vel reliquis*, und *L. 2. Cod. de contrah. emt.* zusammengesetzt.

L. 2. Cod. Theod. eodem. Mancipia adscripta censibus [57]) intra provinciae terminos distrahantur, et qui emtione dominium nacti fuerint, inspiciendum [58]) sibi cognoscant. Id quod in possessione quoque servari rationis est. *Sublatis pactionibus eorundem* [59]) onera et pensitationes publicae ad eorum sollicitudinem spectent, ad quorum dominium possessiones eaedem migraverunt.

L. 4. Cod. Theod. eodem. Dominum, qui fructus capit, tributa exigi iustum est.

§. 986.

II. Verbindlichkeiten von Seiten des Käufers.

Der Käufer ist dagegen I. zur Bezahlung des Kaufgeldes, und zwar gleich nach geschehener Uebergabe, verpflichtet. So lange er dieser Verbindlichkeit kein Genüge gethan hat, geht auch das Eigenthum nicht auf ihn über, wenn ihm nicht etwa das Kaufgeld creditirt worden ist [60]). Wird das Kaufgeld nicht gleich bezahlt, so ist der Käufer solches zu verzinsen schuldig [61]). Der Grund hiervon liegt nicht

57) Sklaven, welche, wie die Güter, in dem Katastrum mit Steuern belegt waren.

58) *Inspicere* ist hier soviel, als agnoscere tributa. Sie sollen die Steuern selbst entrichten. S. GOTHOFREDI Glossar. h. Voc.

59) Sc. *emtorum.* So *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L. Allein Westphal vom Kauf §. 630. will *earundem* lesen sc. possessionum.

60) §. 41. *I. de rer. divis.* *L. 19. D. h. t.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 582. S. 113. f.

61) S. *Gabr.* SCHWEDER Diss. de usuris pretii tardius soluti. *Tubingae* 1689 und Ad. Diet. Webers Versuche über das Civilrecht. Nr. III. §. 7. S. 252. ff.

nicht immer in einem zu Schulden gebrachten ungebührlichen Verzuge; sondern er kann 1) in einem Vertrage beruhen, wenn Zinsen bedungen worden sind. Hier kann der Zinsen wegen auch eine besondere Klage erhoben werden [62]).

L. 5. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compos. Initio venditionis si pactus es, ut is, cui vendidisti possessionem, pretii tardius exsoluti tibi usuras pensitaret: non immerito existimas, etiam eas tibi, adito praeside provinciae, ab emtore praestari debere.

2) Besonders aber können die Zinsen von dem Kaufgelde alsdann gefordert werden, wenn der Käufer die Bezahlung desselben ohne rechtmäßigen Grund verzögerte. Hier begründet die *mora* des Käufers eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der Zinsen, welche a) wenn das Kaufgeld creditirt, und auf Termine gesetzt worden, erst nach Ablauf derselben; b) wenn das Kaufgeld zwar geborgt, aber keine Zahlungszeit bestimmt worden, von Zeit der geschehenen Erinnerung, oder Interpellation an, sie geschehe übrigens gerichtlich oder aussergerichtlich [63]); und c) wenn das Kaufgeld nicht creditirt worden ist, gleich nach geschehener Uebergabe der Sache eintritt [64]). Von dieser mora handeln folgende Gesetzstellen.

L. 5. Cod. cit. Nam si initio contractus non es pactus, *si coeperis experiri, deberi ex mora duntaxat usuras;*

62) Westphal vom Kauf. §. 556.

63) *L. 32. pr. D. de usuris.*

64) *Ge.* BROEKEL Diss. de usuris pretii, an et a quonam tempore mercator illas exigere possit? *Goettingae* 1770.

ras, tam ab ipso debitore, quam ab eo, qui in omnem causam emti suam fidem adstrinxit, de iure postulabis.

L. 13. §. 20. *D. de act. emti et vend.* Veniunt autem in hoc iudicium sc. venditi — item *usurae pretii post diem traditionis*; nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.

L. 2. *Cod. de usuris*: Usuras emtor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit: quamvis pecuniam obsignatam in depositi causam habuerit, aequitatis ratione praestare cogitur.

Die mora des Käufers entsteht hier ex re, und erfordert daher keine Interpellation, obwohl Giphan [65]) irrig das Gegentheil behauptet. Denn die von ihm angeführten *L.* 13. *Cod de act. emti et vend.* Venditor quoque pretium tantam, *ac, si mora intercessisse probetur, usuras officio iudicis exigere potest.*, und *L.* 19. *D. de peric. et comm. rei vend.* Venditori, *si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit*, non omne omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit; veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit, beweisen seine Meinung nicht [66]). Eben so ungegründet ist Leysers [67]) Behauptung, welcher nicht erst von

65) Exposit. difficilior. LL. Cod. ad L. 5. de act. emti et vend.

66) S. FRANTZKIUS Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 423. seqq. Strubens rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 89. *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. XIX. Tit. I. Qu. 16. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend pag. 464. sqq. und BROEKEL cit. Diss. §. 13.

67) Meditat. ad. Pand. Vol. III. Specim CCXI. medit. 2.

von der Zeit der geschehenen Ueberlieferung der Sache, sondern schon von dem Moment an, da der Kauf zur Richtigkeit gekommen ist, den Käufer zur Bezahlung der Zinsen des Kaufgeldes verurtheilt wissen will, wenn er von dieser Zeit an die Früchte erhalten hat. Denn eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der Zinsen des Kaufgeldes kann ja nicht früher entstehen, als dem Verkäufer die Klage aus dem Contract zustand. Diese steht aber demselben erst nach der Uebergabe der Sache zu [68]); daher wird auch erst von dieser Zeit an der Anfang der mora auf Seiten des Käufers gerechnet. *Post rem iraditam*, sagt **Paulus** [69]), *nisi emtor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est.* Uebrigens werden diese Zinsen nach dem römischen Recht nur bey der erhobenen Klage auf die Bezahlung des Kaufgeldes officio iudicis zuerkannt; ist das Kaufgeld einmal bezahlt, wenn gleich die Bezahlung erst nach eingetretener mora des Käufers erfolgte, so findet der Zinsen wegen keine Klage weiter Statt, wie **Hermogenian** *L. 49. §. 1. D. de act. emti et vend.* lehrt: Pretii sorte, licet post moram, soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed *officio iudicis* praestentur. Zwar will dieses **Westphal** [70]) für eine bloße römische Aengstlichkeit halten, auf die heutzutage keine Rücksicht mehr zu nehmen sey; jetzt heiße es: ubi non deficit ius, ibi non deficit actio. Allein daß er hierin die Meinung der bewährtesten praktischen Rechtsgelehr-

68) *L. 25. D. de act. emti et vend. L. 4. in fin. D. de rescind. vendit.*

69) Sent. recept. Lib. II. Tit. 17. §. 9.

70) Vom Kaufe §. 557.

gelehrten gegen sich habe, ist schon an einem andern Orte [71]) bemerkt worden.

3) Zuweilen muß der Käufer das Kaufgeld verzinsen, wenn er gleich weder Zinsen versprochen, noch sich eines widerrechtlichen Verzugs schuldig gemacht hat, sondern gerechte Ursache hatte, das Kaufgeld zurück zu behalten. Dieß ist der Fall, wenn ihn ein Dritter wegen der Sache in Anspruch nahm, und ihm daher eine Entwährung drohete, oder wenn ihm die Bezahlung des Kaufgeldes vom Richter selbst war verboten worden, weil ein Dritter dasselbe mit Arrest belegen ließ. Hier liegt der Grund in einer gesetzlich anerkannten Billigkeit. Vermöge derselben soll sich der Käufer ohne Bewilligung des Verkäufers nicht unentgeldlich in dem Genuß der Sache und des Kaufgeldes befinden, sondern das letztere schlechterdings verzinsen, gesetzt auch, daß er beweisen könnte, er habe die ihm übergebene Sache oder das zurückbehaltene Geld ganz ungenutzt gelassen, genug wenn er es hätte benutzen können, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 13. §. 20. *et* 21. *D. de act. emti et vend.* Cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere. *Possessionem autem traditam accipere debemus*, etsi precaria sit possessio: hoc enim solum spectare debemus, *an habeat facultatem fructus percipiendi.*

L. 5. *Cod. de act. emti et vend.* Curabit Praeses provinciae, compellere emtorem, *qui nactus possessionem fructus percepit*, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere: quas et perceptorum fructuum

71) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 331. S. 429. f.

ctuum ratio, et minoris aetatis favor, *licet nulla mora intercesserit*, generavit.

Daß in dem letzteren Gesetz der Verkäufer zugleich minderjährig war, ist, wie **Westphal** [72]) ganz richtig bemerkt hat, nicht der Hauptentscheidungsgrund. Dieser beruhet darin, daß der Käufer den Besitz der Sache erhalten, und die Früchte derselben gezogen hatte. Dieser Grund würde dem Verkäufer auf jeden Fall zu Statten gekommen seyn, auch wenn er großjährig gewesen wäre. Dennoch sind mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung. Sie glauben von einem mit Arrest belegten Kapital dürften keine Zinsen bezahlt werden [73]), und auch eine bevorstehende Eviction befreye den Käufer von den Zinsen [74]). Allein weder das eine noch das andere läßt sich rechtfertigen. Der gerichtliche Arrest soll nur, zur Sicherheit desjenigen, der ihn auswirkte, verhindern, daß das Kaufgeld nicht in die Hände des Verkäufers gerathe. Er giebt aber dem Käufer nicht mehr Recht an diesem Gelde, als er vorher schon hatte. Er ändert also auch das Rechtsverhältniß desselben nicht in dem Betrachte, daß dieser nun beydes, Waare und Kaufgeld, unentgeldlich gebrau-
chen

72) Vom Kaufe §. 553. a. E. Man sehe auch **Webers** Versuche a. a. O. §. 7. S. 255. ff.

73) **Struben** rechtliche Bedenken. Th. IV. Bed. 102. **Hufeland** Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 475.

74) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 53. MENCKEN Gymnasium iuris polem. Diss. XIV. Th. 2. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Obs. 437. **Hufeland** a. a. O. Not. b.

chen dürften [75]). Eben so wenig darf sich aber auch der Käufer, gegen den ein Dritter die Eigenthumsklage angestellt hat, darum, weil er nicht schuldig ist, dem Verkäufer vor bestellter Sicherheit das Kaufgeld zu bezahlen [76]), für berechtiget halten, dasselbe neben der Sache zu benutzen, wenn er es nicht verzinsen will [77]). Nur durch ordnungsmäßige Deposition des Geldes würde der Käufer von den Zinsen frey werden [78]). Unterläßt er dieses, so ist er unstreitig Zinsen zu bezahlen schuldig, gesetzt auch, daß er zeigen wollte, er habe das zurückbehaltene Geld unbenutzt gelassen, oder er sey am Gebrauche der Sache zufällig gehindert werden [79]). Leyser [80]) ist zwar anderer Meinung; allein schon Pufendorf [81]) bestritte diese Meinung, und

75) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 16. Ampl. 3. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. z. Tom. II. p. 454. und **Webers** angef. Versuche S. 261.

76) *L. 18. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. L. 24. Cod. de eviction.*

77) VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 19. CARPZOV Iurispr. for. P. III. Const. 34. Def. 38. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. 1. Qu. 17. und WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subs. 1. §. 14.

78) *L. 18. §. 1. D. de Usur.* Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usurae pretii, *quod in causa depositi non fuit*, praestabuntur.

79) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 56.

80) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXI. medit. 5. in fin. et Specim. CCXLIII. medit. 11.

81) Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 170.

und Weber [82]) hat sie gründlich widerlegt. Es darf uns nicht irre machen, wenn die oben angeführten Gesetze der Perception der Früchte namentlich gedenken, und hierin einen besondern Grund der Billigkeit setzen, die Zinsen des Kaufgeldes von Zeit des erhaltenen Besitzes an zu bezahlen. Denn dieses bezieht sich offenbar nur darauf, daß mit dem Besitz auch gemeiniglich der Genuß der Früchte verbunden ist. Nur in dieser Beziehung sagt daher Paulus *L. 16. §. 1. D. de usuris: iniquum esse, usuras ab eo exigi*, qui fructus non percepisset, weil in dem Falle, welchen er hier entschied, der Käufer dem Verkäufer die Einrede entgegengesetzt hatte, daß ihm der Besitz noch nicht übergeben sey [83]). Daß es aber schon genug sey, wenn der Käufer durch Uebergabe der Sache rechtlich in den Stand gesetzt ist, dieselbe zu benutzen, wird in der oben angeführten *L. 13. §. 21. D. de act. emti vend.* deutlich erklärt. Daher kann auch die Größe der Zinsen nicht nach der Größe des Nutzens bestimmt werden, den der Käufer gezogen hat, weil eine solche Berechnung sehr unsicher, und mit vielen Schwierigkeiten verbunden seyn würde [84]), sondern der Käufer muß immer die ordentlichen gesetzmäßigen Zinsen bezahlen.

82) Versuche a. a. O. S. 259.

83) Ganz anders würde gewiß die Entscheidung ausgefallen seyn, wenn der Käufer eingeräumt hätte, den Besitz der Sache erhalten zu haben. Hier würde ihm wohl die Einrede, er habe keine Früchte gezogen, nicht zu Statten gekommen seyn. S. FRANTZKII Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 420.

84) S. FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 384. sqq.

len [85]). Außer diesen Zinsen kann auch der Verkäufer kein weiteres Interesse in Anschlag bringen [86]).

Man streitet noch darüber, ob auch ein Kaufmann von rückständigen Waarenschulden Zinsen zu fordern berechtiget sey [87])? Einige [88]) wollen den Kaufleuten dieses Recht schlechterdings, und zwar aus dem Grunde absprechen, weil ein Kaufmann seine Waaren schon mit Gewinn

85) *L. 1. pr. L. 37. D. de usuris.*

86) *L. 19. D. de peric. et comm. rei vend.* Diesem ist *L. 2. in fin. D. de eo, quod certo loco* nicht entgegen, denn in diesem Gesetz ist von dem Falle die Rede, da das Geld an einem bestimmten Orte zu bezahlen, ausdrücklich war versprochen worden. Hier kommt freylich das interesse loci, und aller entzogene Gewinn in Anschlag, wenn die Bezahlung nicht an diesem Orte geschahe. Die condictio de eo, quod certo loco, welche in diesem Falle Statt hat, ist deswegen eine actio arbitraria. Allein die Zinsen des schuldigen Kaufgeldes, wenn solche nicht besonders ausbedungen worden sind, können nur officio iudicis zuerkannt, aber mit keiner eigenen Klage gefordert werden. Der Richter kann aber nur auf die gesetzmäßigen Zinsen erkennen. S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 6. und *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. § 9 et 10. pag. 469. sqq.

87) *Traug.* THOMASII Probl. iurid. an mercator usuras pretii exigere possit? *Lipsiae* 1734. *Christ. Gotth.* GUTSCHMID Iura mercatorem in exigendis usuris ex mora in solvendo mercium pretio facta. *Lipsiae* 1751. *Ge.* BROEKEL Diss. de usuris pretii, an et a quonam tempore mercator illas exigere possit? *Goettingae* 1770.

88) MEVIUS P. III. Decis. 11. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXVII. Th. 48. CHRISTINAEUS Decis. Vol. III. Decis. 42. nr. 7. sqq. RICHTER Decis. LXXIV. nr. 51. et 52.

winn verkaufe, und es unbillig sey, durch Forderung der Zinsen einen doppelten Gewinn zu ziehen. Andere [89]) behaupten, der Kaufmann könne nur beym Großhandel, das heißt, wenn er Waaren in größern Quantitäten der Zahl, des Maßes oder des Gewichts verkauft, nicht beym Detail-Handel Zinsen fordern. Viele [90]) sagen ferner, nach dem Herkommen unter Kaufleuten werde die Forderung der Zinsen von Waarenschulden nur dann für rechtmäßig gehalten, wenn die Schuld nicht binnen Jahresfrist nach geschlossenem Kaufe und erfolgter Ueberlieferung der Waaren bezahlt worden ist. Darauf werde auch in den Gerichten, wie auf jeden andern notorischen Handelsgebrauch, gesprochen. Noch andere [91]) meinen, der Kaufmann könne die Zinsen von der Zeit an fordern, da er den Schuldner durch Einreichung des Conto, oder gerichtlich gemahnt hat. Allein es ist durchaus kein Grund vorhanden, in Ansehung rückständiger Waarenschulden von den Grundsätzen des gemeinen Rechts abzuweichen. Die

89) VOET Comm. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 1. §. 12.

90) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol III. Specim. CCXI. medit. 7. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 151. *de* BEHMER nov. iure controv. Tom. II. Obs. 109 Joh. Christ. Lud. Fresenius Meditationen für Rechtsgelehrte 2 Band. Medit. IV. S. 140. ff. Fischers Cameral- und Policeyrecht. 3. Band S. 192. Lobethan Grundsätze des Handlungsrechts §. 89. und Runde Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände. 1. Band Nr. VI. S. 203. ff.

91) Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 31. WERNHER select. Observat. for. Tom. II P. VI Obs. 427. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1934. not. f.

Die meisten Rechtsgelehrten [92]) stimmen daher darin überein, daß auch dieser Punkt nach eben den Grundsätzen zu beurtheilen sey, welche von den Zinsen des Kaufgeldes überhaupt gelten. Denn die oben angeführten Gesetze reden ganz allgemein, und machen in Ansehung der Kaufleute keine Ausnahme. Ja die Gesetze [93]) erlauben nicht nur überhaupt den Kaufleuten, Zinsen zu fordern, sondern sie begünstigen sogar dieselben in Ansehung der Zinsen mehr, als andere Gläubiger, indem sie ihnen erlauben, acht vom Hundert zu nehmen [94]).

§. 987.

Fortsetzung.

Der Käufer ist ferner II. den Kaufpreis mit solchem Gelde zu bezahlen schuldig, welches der Verkäufer behalten kann. Er darf ihn also nicht mit fremden Gelde ohne Einwilligung des Eigenthümers bezahlen. Die römischen Rechtsgelehrten machen uns hier auf einen Unterschied aufmerksam, der zwischen dem Käufer und Verkäufer Statt findet. Letzter thut seiner Verbindlichkeit ein Genüge, wenn er dem Käufer die Sache übergiebt, und ihn auf den Fall, da

92) *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Deciſiones. Vol. I. Obſ. 76. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. Subſ. I. §. 13. Weber Versuche über das Civilrecht. S. 259. BROEKEL cit. Diſſ. §. 16. et 17. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obſ. 433. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviſſ. T. II. §. 962. not. f.

93) *L. 29. D. de peric. et comm. rei vend.*

94) *L. 26. §. 1. Cod. de Uſuris.*

da ein Dritter ihm etwa die Sache abstreiten sollte, die Eviction leistet. Wird die Sache nicht entwährt, so findet gegen ihn keine Klage Statt, wenn auch eine fremde Sache wäre verkauft worden, wofern dem Verkäufer nur kein Dolus zur Last fällt. Anders verhält sich's mit dem Käufer. Von diesem sagt Ulpian *L.* 11. §. 2. *D. de act. emti et vend.* nummos venditoris facere cogitur; und Paulus fügt *L.* 1. *D. de rerum permutat.* noch hinzu: Emtor, *nisi nummos accipientis fecerit*, tenetur ex vendito. Der Verkäufer kann also sofort gegen den Käufer klagen, wenn das bezahlte Kaufgeld kein Eigenthum des letztern war. Der Grund, sagt Westphal [95]), liegt in dem Unterschiede zwischen dare und tradere, zu diesem ist der Verkäufer, zu jenem aber der Käufer verpflichtet. Nur Ersteres schließt den Begriff von Uebertragung des Eigenthums in sich, nicht Letzteres. Hat nun der Käufer den Verkäufer mit fremden Geldern bezahlt, so lassen sich hier folgende Fälle gedenken. a) Der Käufer hat mit des Verkäufers eigenem Gelde das Kaufgeld bezahlt. Hier wird er von seiner Verbindlichkeit nicht frey, sondern der Verkäufer behält seinen Anspruch auf das ganze Kaufgeld eben so, als ob gar nichts bezahlt worden wäre.

L. 7. *Cod. de act. emti et vend.* Consequens est, integram te habere actionem pretii, cum proprii venditoris nummi soluti non praestent emtori liberationem.

b) Der Käufer hat mit dem Gelde eines dritten Eigenthümers ohne dessen Einwilligung bezahlt. Hier kann der Eigenthümer das Geld vindiciren, sofern es noch in Natur beysammen ist. Hat aber der Verkäufer das fremde

95) Vom Kaufe §. 550.

de Geld schon mit seinem eigenen Gelde so vermischt, daß es nicht mehr von einander zu unterscheiden ist, so erwirbt der Verkäufer das Eigenthum daran durch die Commixtion, und der Eigenthümer des Geldes muß sich an den Käufer halten [96]). Auf keine Weise kann jedoch der Eigenthümer des Geldes die damit bezahlte Sache selbst in Anspruch nehmen, wofern er nicht zu den Personen gehört, welche das Vorrecht haben, daß Sachen, welche mit ihrem Gelde erkauft sind, ihr Eigenthum werden, wenn sie auf keine andere Art entschädiget werden können [97]).

III. Der Käufer ist nicht minder dem Verkäufer zur Erstattung aller nach Abschluß des Kaufs aufgewandten nothwendigen und nützlichen Auslagen und Unkosten verbunden, weil ihm von der Zeit an alle Vortheile und Nutzungen der Sache gehören.

L. 13. §. 22. *D. de act. emti et vend.* Praeterea ex vendito agendo, consequetur etiam sumtus, qui facti sunt in re distracta: utputa si quid in aedificia distracta erogatum est. Scribit enim *Labeo* et *Trebatius*, esse ex vendito hoc nomine actionem.

L. 13. *Cod. eodem.* Fructus post perfectum iure contractum emtoris spectare convenit, ad quem et functionum gravamen (die Last der Abgaben) pertinet.

L. 16. *Cod. eodem.* Post perfectam venditionem foetus quidem pecorum emtori, venditori vero sumtus, si quos bona fide fecerit, restitui debere notissimum est.

Ende.

96) *L.* 78. *D. de solution.*

97) S. den 8. Theil dieses Commentars. §. 585. S. 159. ff.

Endlich IV. muß auch der Käufer dem Verkäufer allen mit Vorsatz oder aus Nachläßigkeit verursachten Schaden vergüten. Dahin gehört wenn der Käufer von der ihm verkauften Sache vorher etwas entwendet, und durch diese Arglist es dahin zu bringen gewußt hat, daß ihm der Verkäufer die Sache wohlfeiler verkaufen mußte [98]), oder wenn der Käufer durch rechtswidrige Verzögerung in Annehmung der Sache den Verkäufer in Schäden und Kosten gesetzt hat [99]).

§. 988.

Erfüllung des Kaufcontracts und deren rechtliche Folgen.

Von der Schließung des Kaufs ist die **Erfüllung** desselben zu unterscheiden. Diese geschiehet von Seiten des Verkäufers durch die auf gesetzmäßige Art bewirkte Uebergabe der Sache, von Seiten des Käufers aber durch die Bezahlung des Kaufgeldes. Von dieser Erfüllung hängt die Uebertragung des Eigenthums ab. Der Zahlung wird jedoch auch jede andere Befriedigung des Verkäufers, so wie Creditgebung, welche nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch Annahme eines Bürgen oder einer andern Sicherheit geschehen kann, gleichgeachtet [100]).

L. 19. D. h. t. Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam ſi aut pretium nobis ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori ſine ulla ſatisfactione.

98) *L. 13. §. 5. D. de act. emti et vend.*

99) *L. 38. §. 1. D. eodem.*

100) VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 11.

L. 5. §. 18. *D. de tribut. act.* Res venditae non alias desinunt esse, meae quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fideiussore dato, vel alias satisfacto.

L. 53. *D. h. t.* Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fideiussor datus sit. Quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore, aut pignore dato; proinde sit, ac si pretium solutum esset.

Uebrigens wird ein Kauf auf Borg im Zweifel nicht vermuthet [1]).

§. 989.

Natur des Kaufcontracts. Wer kann kaufen und verkaufen?

Aus dem Vorhergehenden ergiebt sich, daß der Kauf ein Bilateral-Contract sey, welcher mit wechselseitigen Prästationen verbunden ist, und, als Consensualcontract, lediglich nach der Vernunft und Billigkeit beurtheilt werden muß. Er ist daher auch bey vorkommenden Dunkelheiten immer so zu erklären, wie es der Natur dieses Contracts am gemäßesten ist. Insonderheit hat man bey der Erklärung desselben auf die Umstände zu sehen, welche zur Zeit seiner Errichtung vorhanden waren [2]). Denn der Verkäufer ist nicht schuldig mehr zu liefern, als er hat verkaufen wollen, und zu verkaufen versprochen hat. Bleibt dieses jedoch zweifelhaft, so ist der Contract wider den Verkäufer zu erklären, sofern es an ihm lag, denselben deut-licher

1) S. WALCH introd. in controv. iur. civ. pag. 599.

2) *L.* 69. *L.* 77. *D. h. t.* S. Westphal §. 81.

licher zu fassen [3]). Aus der Natur dieses Contracts erklärt sich auch, daß jeder kaufen und verkaufen dürfe, welcher einwilligen, und über seine Güter selbst verfügen kann, so weit ihm nicht gesetzliche Verordnungen im Wege stehen. Denn so dürfen 1) Vormünder nicht Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlnen für sich kaufen [4]); weil, wie Ulpian [5]) sagt, der Vormund nicht Käufer und Verkäufer zugleich seyn kann. Soll ein solcher Kauf gelten, so muß die Erlaubniß der Obrigkeit, oder die Einwilligung des Mitvormundes hinzukommen [6]). Auch ist den Vormündern bey öffentlichen Versteigerungen Sachen ihrer Mündel zu kaufen unverwehrt [7]). Außerdem darf der Vormund weder selbst noch durch eine Mittelsperson Sachen seines Mündels an sich kaufen [8]). Der Kauf ist nichtig, und kann zu jeder Zeit angefochten werden, wenn nicht der Mündel nach erreichter Großjährigkeit denselben genehmiget [9]). Dasselbe gilt auch von Procuratoren und andern

3) *L.* 21. *L.* 33. *D. h. t.* *L.* 39. *D. de pactis.* *L.* 172. *pr. D. de div. reg. iur.* Diesen Stellen ist die *L.* 34. *pr. D. h. t.* nicht entgegen, wie schon an einem andern Orte gezeigt worden ist. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 297. S. 161. vergl. mit §. 344. S. 569.

4) *L.* 34. §. 7. *D. h. t.*

5) *L.* 5. §. 2. *D. de auctor. tutor.* Eigentlich beruhet das ganze Verbot auf dem Grundsatz des Röm. Rechts; tutor in rem suam auctor fieri nequit. *L.* 7. *pr. D. eodem.*

6) *L.* 5. §. 2. *D. de auct. tut.*

7) *L.* 5. *Cod. h. t.*

8) *L.* 5. §. 3. *et* 4. *D. de auct. tutor.*

9) *L.* 5. §. 2. *D. eodem.*

andern Verwaltern fremder Güter in Ansehung der ihrer Verwaltung anvertrauten Sachen [10]). Denn auch sie würden, zum Nachtheil des Eigenthümers, Käufer und Verkäufer zugleich werden. Daß diese jedoch mit Einwilligung der Eigenthümer solche Sachen an sich kaufen dürfen, hat keinen Zweifel [11]). Es läßt sich ferner mit Grund behaupten, daß auch Staatsbeamte diejenigen Sachen und Güter, deren Verkauf durch ihre Dazwischenkunft geschieht, nicht selbst kaufen dürfen. Denn die Verordnung der Kaiser **Sever** und **Antoninus**, welche **Marcian** *L.* 46. *D. h. t.* anführt, sagt ganz allgemein, daß diejenigen, welche Sachen, die ihrer Amtsverwaltung anvertraut sind, oder deren Veräusserung unter ihrer Leitung steht, widerrechtlich an sich kaufen, nicht nur mit dem Verlust der Sache, sondern auch noch überdem mit dem vierfachen Ersatz des Werths bestraft werden sollen. Non licet *ex officio, quod administrat quis*, emere quid, vel per se, vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem *Severi* et *Antonini* [12]). Die folgenden Worte: Et hoc ad *Procuratorem quoque Caesaris* pertinet, bestärken dieses noch mehr, besonders wenn man damit noch die *L.* 18. *Cod. de rescind. vendit.* verbindet. Unrichtig ist es jedoch, wenn **Anton Faber** [13]) die Strafe des vierfachen Ersatzes nur auf Magistratspersonen einschrän-

10) *L.* 34. §. 7. *D. h. t.*

11) **Westphal.** §. 43.

12) Man sehe über diese Stelle *Ios.* FINESTRES Hermogenian. pag. 1009. §. 5.

13) Rational. in Pand. ad L. 46. D. h. t.

schränken will, welchen deshalb Ulrich Huber [14]) mit Recht widerlegt. 2) Auch Magistratspersonen durften bey den Römern, besonders die in den Provinzen, während der Zeit ihrer Amtsführung, von ihren Untergebenen, ausser dem, was zu ihren täglichen Bedürfnissen gehörte, nichts kaufen [15]), weil man glaubte, die Gewalt und das große Ansehen derselben werde die freye Einwilligung auf Seiten der Verkäufer hindern [16]). Es war damit nicht nur die Ungültigkeit des Handels, sondern auch die Confiscation des Werths verknüpft [17]). Heut zu Tage fällt aber dieses Verbot weg [18]). 3) Dem Geist dieser Verordnungen gemäß behaupten auch viele [19]), daß der Arzt mit

14) Eunom. Rom. ad h. L. 46. D. h. t. S. auch *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. 63. Th. 8. Man behauptet jedoch, die Strafe des Vierfachen finde jetzt nicht mehr Statt. S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 212.

15) *L. 62. D. h. t. L. 6. §. ult. D. de officio Procons. L. un. §. 2. et 3. Cod. de contract. iudic. Nov. Leonis LXXXIV.* *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XVI. cap. 13. *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. II cap. 20. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. 34. Th. 7. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. und Westphal §. 44.

16) Diesen Grund führt CICERO *in Verrem* Lib. IV. cap. 5. an, wo er sagt: Quae fuit causa, cur tam diligenter nos in provinciis ab emtionibus removerent maiores nostri? haec, iudices, *quod putabant, ereptionem esse, non emtionem, cum venditori suo arbitratu vendere non liceret.*

17) *L. 46. §. 2. D. de iure fisci.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad h. L. pag. 1007.

18) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12.

19) FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. cap. 25. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 2. PEREZ Praelect. ad Cod. Lib. X. Tit. 52 §. 14.

mit seinem Patienten keinen Handel schließen dürfe, während derselbe noch in Gefahr wegen seiner Wiedergenesung schwebt. Die *L.* 3. *D. de extraord. cognit.* Si medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum Praeses provinciae coerceat, remque restitui iubeat; worauf sich Hellfeld beruft, enthält freylich kein allgemeines Verbot, sondern redet nur eigentlich von einem solchen Falle, wo der Arzt auf eine ungebührliche Art den Kranken bewogen hatte, ihm seine Besitzungen zu verkaufen. Daher läugnen auch viele Rechtsgelehrten [80]) die Existenz des angegebenen Verbots. Allein das Gesetz beweiset doch wenigstens die Möglichkeit einer zu besorgenden Gefahr, wenn der Patient seinem Arzte Etwas abzuschlagen wagen wollte. Nun ist in dem ganzen römischen Gesetz-

§. 14. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 213. denen auch Hellfeld und Thibaut im Syst. des Pandectenrechts 2. B. §. 856. beystimmen.

80) STRYK de caut. contract. Sect. II. Cap. 8. §. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXIX. med. 8—10. *Io.* SCHULTZ Diss. de contractu medici cum aegroto. *Gedani* 1689. *Ge. Lud.* KORNATOWSKY Diss. de valore emt. venditionis inter medicum et aegrotum celebratae. *Lipsiae* 1739. WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 590. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. Weber syst. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. Not 11. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. B. Medit. 96. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 483. Not. 1.

setzbuche der durchaus herrschende Geist unverkennbar, Mißbrauch der Gewalt zum Schaden anderer bey denen zu besorgen, welche mit Gewalt über Andere ausgerüstet sind; und daher Verträge für ungültig zu erklären, bey denen eine Koncußion leicht möglich ist, welche die Freyheit der Einwilligung hindern könnte. Es ist dieses nicht blos bey obrigkeitlichen Personen der Fall, wie bereits bemerkt worden ist, sondern auch bey Andern. Denn so kann auch ein Advocat, ausser der ihm gebührenden Belohnung, für seine Bemühung sich keine sonstigen Vortheile von seinem Clienten versprechen lassen, weil man vermuthet, daß dergleichen Versprechungen nicht aus freien Willen geschehen seyen [21]). Ein Gleiches scheinen die römischen Gesetzgeber auch bey den Verträgen des Arztes mit seinem Patienten besorgt zu haben, und zwar hier noch mehr, weil der Arzt viel mehr Gewalt über den Kranken hat, als der Advocat über den Clienten. Daher verordnen die Kaiser **Valentinian** und **Valens** *L. 9. Cod. de professor. et medicis*: Archiatri, scientes, annonaria sibi commoda a populi commodis ministrari, honeste obsequi tenuioribus malint, quam turpiter servire divitibus. Quos etiam ea patimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, *non ea, quae periclitantes pro salute promittunt.* Zwar redet dieses Gesetz nur von Schenkungen, welche der Arzt nicht annehmen soll, wenn der Patient noch wegen seiner Wiedergenesung in Gefahr ist. Allein der Grund ist allgemein, daß sich in diesem Zustande von Seiten des Kranken kein ganz freier Wille annehmen läßt. Man ist daher allerdings berechtiget, diese gesetzliche Verordnung

21) *L. 1. §. 12. D. de extraord. cognit.*

ordnung auf alle Contracte, welche der Arzt mit seinem Patienten während der Crisis seiner Krankheit schließt, auszudehnen [22]). Es ist übrigens merkwürdig, daß hier von *Archiatris* die Rede ist, worunter bey den Römern theils die kaiserlichen Leibärzte, theils diejenigen Aerzte verstanden wurden, welche für das Römische Volk in den beyden Hauptstädten des Röm. Reichs, Rom und Constantinopel, mit einem öffentlichen Gehalt vom Kaiser angestellt waren [23]). Da diese bey den Römern in der größten Achtung standen, und die wichtigsten Privilegien hatten [24]); so fällt hiermit der Einwand weg, daß die römischen Aerzte nicht derjenigen Achtung wären gewürdiget worden, worauf unsere heutigen Aerzte den gegründetesten Anspruch machen können [25]). Es beruhet

4) auf

22) Man sehe hier vorzüglich Neundorf vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. Ulm 1805. Nr. XV.

23) *Iac.* GOTHOFREDUS Comment. ad L. 8. Cod. Theod. de medicis et professorib. Tom. V. pag. 40. edit. *Ritter*.

24) Man sehe Tit. Cod. Theod. de comitibus et archiatris sacri palatii Lib. VI. Tit. 16. und Tit. Cod. Theodos. de medicis et professoribus. Lib. XIII. Tit. 3. cum Commentar. *Iac.* GOTHOFREDI.

25) Anfangs stand freylich die Arzneikunde bey den Römern in keiner sonderlichen Achtung, wie sie es denn auch nach der Beschreibung, welche uns SENECA Epist. 95. von derselben macht, nicht anders verdiente. Sie war mehr Chirurgie, als eigentliche Medicin, und anfangs nur eine Beschäftigung der Sklaven und Freygelassenen. QUINCTILIAN Lib. VII. c. 2. SENECA de benefic. Lib. III. c. 24. S. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. II. c. 3. et 4. Weber von der natürl.

4) auf gleichen Gründen, daß Soldaten keine Güter in der Provinz kaufen sollen, wo sie dienen, ausser wenn es väterliche vom Fiskus verkaufte Güter sind [6]). Man besorgte auch hier, daß Furcht vor der Ueberlegenheit des Soldatenstandes die freie Einwilligung bey dem furchtsamen Bürger und Landmann hindern möchte. Ueberhaupt aber glaubte man 5) daß Treibung des Handels dem Soldatenstande so wenig, als dem geistlichen Stande, gezieme [27]). Ja damit 6) der Classe der gemeinen Bürger und Kaufleute in ihrer Nahrung und Gewerbe kein Eintrag geschehe, so untersagten die Römer sogar allen vornehmen Standespersonen und reichen Kapitalisten überhaupt den kaufmännischen Handelsverkehr [28]). Es wird jedoch diese letztere Vorschrift h. z. T. nicht mehr beobachtet [29]).

§. 990.

natürl. Verbindlichkeit. §. 17. u. 18. Allein wie sehr sich in der Folge die Sache geändert habe, beweisen die Verordnungen der christlichen Kaiser in den angeführten Titeln des Theodosianischen und Justinianeischen Codex.

26) *L. 9. pr. D. de re militari.*

27) *L. 1. C. Negotiatores ne militent. Cap. 15. et 16. X. de vita et honestate clericorum.*

28) *L. 3. Cod. de commerc.* Nobiliores natalibus et honorum luce conspicuos et patrimonio ditiores, perniciosum urbibus mercimonium exercere prohibemus, ut inter plebeios et negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.

29) G. *de* LUDOLF Observat. for. P. I. Observat. 135. Strubens Nebenstunden 3. Th. Abh. XIX. §. 8. S. 384. *Ge. Steph.* WIESAND Opusc. iurid. Specim. XII. §. 5. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 387. und Runde Grunds. des teutschen Privatrechts. §. 372. Anderer Mei-

§. 990.

Nebenverträge des Kaufs. I. Vertrag des Vorkaufs.

Dem Kaufcontract können, wie jedem andern Hauptvertrage, mancherley Bedingungen und Nebenverträge beygefügt werden, welche zum Zweck haben, theils damit der Verkäufer seine Sache dereinst wieder erhalten könne, theils, damit er wegen der Bezahlung des Kaufgeldes gesichert, theils auch wegen unbekannter zukünftiger Ansprüche in Rücksicht der verkauften Sache ausser Sorgen sey. Der Verkäufer kann sich auch Vortheile zum Besten eines Dritten z. B. eine Wohnung oder sonst eine Servitut ausbedingen [30]. Er kann sich nicht minder die Annehmung eines vortheilhaften Handels, der ihm etwa von einem Dritten angeboten werden möchte, vorbehalten. Allein auch der Käufer kann sich durch Nebenverträge manche Vortheile ausbedingen. Von diesen Nebenverträgen ist also hier noch kürzlich zu handeln. Zum Vortheil des Verkäufers gereicht I) der Vertrag des Vorkaufs (*pactum protimiseos*), wodurch sich derselbe auf den Fall, da der Käufer die Sache einmal wieder verkaufen werde, das Näherrecht vorbehält [31]. Unter dem Näherrecht (*ius protimiseos*, von dem griechischen Worte προτίμησις, der Vorzug,) wird überhaupt das Recht verstanden, im Falle der Ueberlassung einer Sache an einen Andern unter

Meinung ist jedoch LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXXIX. medit. 1. An einem andern Orte, Vol. X. Specim. DCLXX. medit. 22. behauptet er jedoch, daß dem Adel der Handel en gros erlaubt sey.

30) *L. 13. §. 30. L. 53. §. 2. D. de act. emti venditi.*

31) *L. 75. D. h. t.*

ter den Lebenden den Vorzug vor diesem zu verlangen, wenn dieselben Bedingungen erfüllet werden, welche der erste Contrahent übernommen hat [32]). Dieses Recht kann nun entweder nur so lange der Contract noch nicht durch die Uebergabe vollzogen ist, ausgeübt werden, oder es findet auch noch nach geschehener Veräusserung gegen den dritten Besitzer der Sache Statt. In dem ersten Falle wird es *ius protimiseos* im eigentlichen Sinn, das Einstandsrecht, und insofern es in dem Rechte bestehet, bey Schliessung eines Kaufs den Vorzug vor jeden andern Käufer zu verlangen, wenn der Berechtigte zur Erfüllung aller derjenigen Bedingungen bereit ist, unter welchen der Andere den Kauf abgeschlossen hat, das Vorkaufsrecht, genannt. In dem letztern aber *ius retractus*, das Näherrecht im eigentlichen Sinn, der Abtrieb, die Losung [33]). Von dem Unterschiede zwischen diesen beyden Arten des Näherrechts wird nachher gehandelt werden. Hier sind noch folgende allgemeine Grundsätze zu bemerken. I) Das Näherrecht setzt immer einen solchen Fall voraus, wo die demselben unterworffene Sache durch ein Geschäft unter den Lebenden einem Andern überlassen wird. Es fällt also weg, wenn die

32) S. *Ge. Sam.* MADIHN Diss. de iure protimiseos, eiusque a iure retractus discrimine. *Halae 1758.* §. 2. Ueberhaupt ist hier zu empfehlen Carl Fried. Walch's Näherrecht. Jena 1795. 8. Jedoch ist damit zu verbinden Ludw. Fried. Griesingers gründliche Abhandlung von Losungen, in Desselben Commentar über das Wirtemberg. Landrecht 3. Band. S. 684.

33) Noch mehrere Benennungen führt Walch im 2. Hptst. §. 1. S. 15. an.

die Sache mittelst eines letzten Willens auf einen Andern übergeht, es geschehe durch eine Erbeinsetzung oder durch ein Vermächtniß [34]). Der gewöhnlichste Fall, wo das Näherrecht Anwendung findet, ist zwar der, wenn die Sache durch Kauf einem Andern überlassen wird, doch kann auch zuweilen bey andern Contracten dieses Recht ausgeübt werden, z. B. beym Pachtcontract [35]), auch selbst beym Tausche, sofern nur immer der Fall ein solcher ist, wo es dem Contrahenten vollkommen gleichgültig ist, ob derjenige, welchem er seine Sache zunächst überließ, oder überlassen wollte, oder ein Anderer dieselbe erhalte, und dieser auch die nämlichen Bedingungen, welche der erste Contrahent übernommen hat, zu erfüllen im Stande ist, wie noch in der Folge gezeigt werden wird. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß das Näherrecht beym Kaufe Statt findet, der Kauf sey ein Privat- oder öffentlicher Kauf, wodurch die Sache von dem Richter an den Meistbietenden überlassen wird [36]). Nicht alle Rechtsgelehrten sind zwar hierin einverstanden. Viele [37]) unterscheiden zwischen einer willkührlichen und nothwendigen Subhastation, und lassen zwar bey der erstern das Näherrecht unbedingt zu, wenn der Retrahent durch seine erhaltene Wissenschaft nicht in die Subhastation gewilliget hat, bey der letz-

34) Walch 1. Buch 3. Hptst. 2. Abschn. §. 19. S. 160. f.

35) *L. 4. Cod. de locat. praedior. civ.*

36) *L. 60. D. de pactis. L. 16. D. de rebus auctor. iud. possid.*

37) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCV. medit. 7. et 8. WERNHER select. Observ. for. Tom. III. P. III. Obs. 24. *de* LUDOLF Observat. for. Vol. I. Obs. 65. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. §. 61.

letztern aber nur so lange, als noch keine Adjudication geschehen ist. Andere [38]) hingegen wollen bey einem öffentlichen Kaufe gar kein Näherrecht Statt finden lassen. Allein alle diese Meinungen sind längst von andern [39]) wiederlegt worden. Man hat aus überzeugenden Gründen erwiesen, daß das Näherrecht bey Subhastationen, sofern es ein dingliches Recht ist, auch noch nach der Adjudication Statt finde [40]). Nur bey fiskalischen Subhastationen findet eine Ausnahme Statt, bey diesen kann nach der Adjudication das Näherrecht nicht mehr ausgeübt werden [41]). Denn wer etwas vom Fiskus kauft, ist sogleich gegen jeden fremden Anspruch gesichert [42]). II. Das Näherrecht besteht in dem Rechte, vor jedem fremden Acquirenten den Vorzug zu verlangen. Es fällt daher weg, wenn die Sache dem nächsten Intestat-Erben per modum anticipatae

38) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 23. WISSENBACH Exerc. ad Pand. Vol. I. Diss. 36. Th. 12. in fin. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol IV. Obs. 688.

39) S. Walch S. 146. f. Gebr. Overbek Medit. über verschiedene Rechtsmaterien 3. B. Medit. 112. und Griesinger a. a. O. S. 727. f.

40) Riebel Abh. Hat das Näherrecht bey Subhastationen vor oder nach der Adjudication Statt? Anspach 1781. 8. *Io. Ge.* RITTER Diss. de retractu feudali et gentilitio, variisque circa eum controversiis. *Bambergae* 1787. §. 19 — 36. und Fried. von Bülow und Theod. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Erört. LVI.

41) *L.* 5. *Cod. de fide et iure hastae fiscal.* *L.* 2. *et* 3. *Cod. Si propter public. pensitat.*

42) *L.* 1. *et* 2. *Cod. de quadr. praescr.*

patae successionis überlassen wird [43]). Sollte jedoch derselbe die Sache wieder an einen fremden verkaufen, so kann das Näherrecht dann immer noch ausgeübt werden [44]). III. Wer das Näherrecht ausübt, muß sich zur Erfüllung aller derjenigen Bedingungen verstehen, welche der fremde Acquirent übernommen hat [45]). Es findet daher nur in solchen Fällen Statt, wo die Erfüllung gleicher Bedingungen möglich ist. Hieraus ist zu beurtheilen, ob das Näherrecht bey einem Tausche ausgeübt werden könne?

Walch

43) LEYSER Specim. CXCII. medit. 1. WERNHER Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Obs. 382.

44) S. MADIHN Diss. cit. §. 8. Nr. III.

45) Bey dem bedungenen Vorkaufe ist jedoch die Erfüllung aller Kaufbedingungen, die ein Anderer übernehmen will, eben so wenig wesentlich erforderlich, als die Erlegung desselben Kaufpreises, welchen ein dritter Käufer zu geben bereit ist. Es kann vielmehr ein gewißer Preiß unter den Partheyen festgesetzt werden, für welchen die Sache dem ersten Verkäufer auf den Wiederveräusserungsfall, wenn er sie verlangt, wieder überlassen werden soll. Das Wesen des Vorkaufs besteht blos darin, daß der Käufer die Sache, wenn er sie einmal wieder verkaufen will, an Niemanden, als den Verkäufer, überlassen darf. *L. 75. D. de contr. emt. L. 21. §. 5. D. de act. emti vend.* Nur bey dem gesetzlichen Näherrechte und dem Retract oder Abtriebe ist die Erfüllung aller Kaufsbedingungen, die ein Anderer übernommen hat, und mithin auch die Erlegung des Kaufpreises, welchen ein Dritter gegeben hat, oder zu geben willens ist, wesentlich erforderlich. S. Geiger's und Glück's merkw. Rechtsfälle u. Abhandlungen 2. B. Nr. 21. und Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 3. B. Erört. XXXI.

Walch [46]) läugnet dieses schlechterdings. Allein es kömmt darauf an, ob der Retrahent denjenigen, welcher die Sache durch Tausch an sich brachte, auf eine solche Art schadlos halten kann, daß er, ausser dem Verluste der ihm veräusserten Sache, sonst keinen positiven Nachtheil von der Losung hat. Ist dieses möglich, so ist auch das Näherrecht beym Tausche nicht auszuschließen [47]). Man setze also, der Retrahent könnte dem Acquirenten dieselbe Sache, welche er für die zu retrahirende gegeben hat, entweder in Natur wieder verschaffen, oder der Gattung nach ersetzen; und wer wollte wohl an der Möglichkeit eines solchen Falles zweifeln? Man denke sich z. B. den Fall: A veräußerte sein Haus an den B gegen eine bestimmte Quantität Getraide; oder A vertauschte sein Haus gegen das Haus des B. Das Haus des A ist meinem Näherrechte unterworfen, um dieses ausüben zu können, kaufe ich dem A das Haus des B wieder ab, weil jener mir erklärte, daß er sein Haus lieber verkauft, als gegen das Haus des B vertauscht hätte. Wer kann hier läugnen, daß der Retract in Ansehung des Hauses des A Statt habe, wenn B sein Haus wieder erhält? Dahingegen kann das Näherrecht nicht Statt finden, wenn der Acquirent ausserdem, daß er die zu retrahirende Sache einbüßt, noch einen andern positiven Nachtheil von der Losung hätte, der ihm durch den Retrahenten nicht wieder ersetzt werden könnte. Man setze z. B. A habe für das dem Näherrechte unterworffene Haus 3000 fl. und noch ausserdem einen Acker von 500 fl. gege-

46) Näherrecht. 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 20. S. 162.

47) S. Griesinger in dem angef. Commentar 3. Th. §. 189. S. 691. ff.

gegeben, den er blos, um das Haus des A zu erhalten, weggab, sonst aber nicht veräussert haben würde. Zwar behaupten in diesem Falle mehrere Rechtsgelehrten [48]), daß wenn das Geld, wie hier, mehr betrage, als die neben dem Gelde gegebene Sache, das Näherrecht darum Statt finde, weil das Geschäft für einen Kauf zu halten sey. Allein diese Meinung steht offenbar mit der Natur des Retracts im Widerspruche; denn wenn es auch an sich seine Richtigkeit hat, daß die römischen Gesetze [49]) in diesem Falle einen Kauf annehmen; so kann doch hier derjenige, gegen welchen der Retract ausgeübt werden wollte, durch den Retrahenten nicht wieder in seinen vorigen Zustand versetzt werden, in welchem er vor der Erwerbung der zu retrahirenden Sache war; weil er ausserdem, daß er er das Haus entbehren müßte, auch noch den positiven Nachtheil von diesem Retract hätte, daß er seinen Acker nicht wieder erhielte. Man kann hier nicht einwenden, daß der neben dem Kaufgelde zugegebene Acker, als an Zahlungsstatt gegeben, zu betrachten sey, und daher das Näherrecht darum nicht ausgeschlossen werden könne, weil bey einer die Natur eines Kaufs habenden Uebergabe einer Sache an Zahlungsstatt der Retract unstreitig Statt finde [50]). Denn hier ist nicht gleiches Verhältniß vorhanden. Dem Gläubiger, dem zu seiner Befriedigung eine gewisse

48) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 32. definit. 15. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XXIII. Th. 62. SCHOEPF Decad. quaestion. circa materiam retractus. *Tüb. 1737.* Qu. 2. nr. 14. Walch Näherrecht. S. 162. u. a. m.

49) Arg. *L. 79. D. h. t.* u. *L. 6. §. 1. D. de act. emti et vend.*

50) S. Walch 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 16. S. 154.

gewisse Sache für seine Forderung überlassen wurde, kann es vielleicht lieber seyn, sein Geld zu erhalten, als wenn er die Sache, die er an Zahlungs-Statt annahm, hätte behalten müssen. Allein läßt sich wohl, der Natur des Näherrechts gemäß, behaupten, daß der Käufer sich begnügen lassen müsse, wenn ihm von dem Retrahenten der Werth des zugegebenen Ackers ersetzt werde? Es wird ja hier vorausgesetzt, daß der Käufer seinen Acker unter keiner andern Bedingung weggegeben habe, und veräussert haben würde, als um dadurch das in Anspruch genommene Haus zu erhalten. Soll er nun dieses an den Retrahenten abzutreten schuldig seyn, so muß er auch seinen Acker in Natur zurückerhalten, weil ausserdem der Retrahent die Bedingungen des Contracts nicht erfüllen würde, deren Erfüllung doch die Natur des Retracts wesentlich erfordert. Mit Recht vertheidigen diese Meinung auch **Wernher**[51]), **Leyser**[52]), und besonders **Griesinger**[53]). Aus gleichen Gründen fällt das Näherrecht in allen den Fällen weg, wo der Verkäufer auf irgend eine Art wesentlich dabey interessirt ist, daß nur der Käufer und kein Dritter die veräusserte Sache erhalte, und wo also der Verkäufer persönliche Absichten auf den Käufer bey dem Verkaufe gehabt hat[54]). Dahin gehört, wenn

L 2 sich

51) Select. Observat. for. Tom. III. P. II. Obs. 422.

52) Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIV. Cor. 3.

53) Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 3. Th. §. 190. S. 715. ff.

54) S. **Walch**'s Näherrecht 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 10. S. 143. und §. 26. S. 174. auch §. 28. a. E. S. 177. und in der angehängten Sammlung entschied. Näherrechtsfälle Nr. 32. S. 608.

sich der Verkäufer ausser dem Kaufgelde noch andere persönliche Prästationen ausbedungen hat, wobey es ihm nicht gleichgültig ist, ob diese der Käufer oder ein Dritter übernehme. Wenn also z. B. der Käufer sich verpflichtet hat, dem Verkäufer, so lange er leben werde, seinen Unterhalt zu geben, ihn zu verpflegen, Wohnung und Kost zu geben, so ist hier der Vertrag ohne Zweifel auf ein besonderes Vertrauen gegründet, und es kann daher das Näherrecht nicht ausgeübt werden, sofern der Retrahent diesem besondern Zutrauen zu entsprechen nicht vermag [55]. Ein Gleiches würde auch in dem Falle gelten, wenn sich der Verkäufer eines Hauses auch nur die lebenslängliche Wohnung in dem Hause ausbedungen hätte, es ihm aber nicht gleichgültig wäre, ob er bey dem Käufer, oder dem dritten Retrahenten im Hause sey [56]. Ein Anders wäre, wenn der Retrahent beweisen könnte, daß der Verkäufer kein Interesse dabey habe, ob ihm der Käufer oder ein Dritter die sich ausbedungene Prästation reiche, oder der Verkäufer selbst erklärt hätte, daß es ihm gleichgültig sey, von wem er seinen Unterhalt genieße [57], oder der Ver-

S. 608. auch LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIV. medit. 1—4.

55) S. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 126. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 8. Th. Medit. 429. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 3. B. §. 192. S. 731. und Christ. Ludw. Runde Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen Bauerngütern. 2. Th. §. 68.

56) S. Griesinger a. a. O. S. 731.

57) Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 4. B. S. 161.

Verkäufer mit dem Käufer ausgemacht hätte, daß wenn die Sache retrahirt werden würde, an die Stelle der ausbedungenen Prästation eine gewisse Geldsumme treten sollte. Hier würde das Näherrecht ohne allen Zweifel Statt finden [58]). Sollte überdem der Retrahent Ursache haben zu vermuthen, daß bey einer solchen ausbedungenen Prästation blos die Absicht zum Grunde liege, sein Näherrecht zu vereiteln, so kann er sich der Eidesdelation bedienen [59]). Es entsteht hier die Frage, ob bey einem Freundskaufe, (venditio gratiosa) das Näherrecht Statt finde [60])? Da ein Freundskauf ein gemischtes Geschäft ist, welches aus einem Kauf und Schenkungsvertrage besteht [61]); so kommt es zunächst darauf an, wer die Freygebigkeit ausübt. Hat blos der Käufer die Absicht, dem Verkäufer dadurch eine Wohlthat zu erzeigen, daß er mehr für die Sache zahlt, als sie werth ist; so kann das Näherrecht ohne Bedenken ausgeübt werden, weil es ja dem Verkäufer gleichgültig seyn kann, ob ihm der Käufer oder ein Dritter diese Wohlthat erzeigt [62]). Der Käufer darf aber auch

58) S. *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diss. de retractu conventionali et testamentario §. 10. und Walch 1. B. 3. Hptst. 2. Absch. §. 28. S. 176.

59) FROMMANN Diss. de iure retractus. §. 71. in fin. und Griesinger im angef. Commentar. 3. B. §. 192. S. 732.

60) S. *Gottl. Eusèb.* OELTZE Diss. qua expend. quaestio: an in venditione gratiosa ius protimiseos locum habeat? *Ienae* 1767. *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Disp. de venditione gratiosa. §. 69—77. und Walchs Näherrecht. 1. B. 3. Hptst. 2. Absch. §. 29. S. 179 f.

61) S. §. 978. S. 72.

62) S. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 3. Band. §. 193.

auch keinen Schaden leiden. Es ist daher nicht genug, wenn ihm der Retrahent blos den wahren Werth ersetzt [63]). Ist hingegen der Verkäufer derjenige, welcher die Freygebigkeit ausübt, so lassen sich folgende Fälle gedenken. 1) Der Verkäufer hat dem Käufer einen Theil der Sache geschenkt. Hier kommt es darauf an, ob dieser geschenkte Theil von dem gekauften Theile ohne Schaden des Käufers sehr wohl getrennt werden kann, oder ob eine solche Trennung nicht wohl möglich ist. Im ersten Falle findet das Näherrecht wenigstens in Absicht auf den gekauften Theil der Sache Statt, in dem letztern hingegen fällt es weg [64]). 2) Der Verkäufer hat dem Käufer aus besonderer Zuneigung einen Theil des Kaufpreises geschenkt. Hier findet zwar kein Vorkauf Statt [65]), allein der gesetzliche Retract kann dadurch nicht ausgeschlossen werden [66]); jedoch muß der Retrahent dem Käufer den ganzen wahren Werth bezahlen, so wie er von beeidigten Sachverständigen geschätzt wird [67]).

§. 991.

63) Anderer Meinung ist zwar HARPPRECHT cit. Diss. §. 76. Allein man sehe OELTZE cit. Diss. §. 18. et 19.

64) S. HARPPRECHT cit. Disputat. §. 73. und Griesingers Commentar. 3. Th. §. 193. S. 733.

65) S. MADIHN Diss. de iure protimiseos. §. 8. nr. IV. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1963.

66) Anderer Meinung ist zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXCIV. medit. 1. Allein man sehe PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 40. §. 6.

67) S. HARPPRECHT cit. Disp. de vendit. gratiosa. §. 74. et 75. und Griesinger S. 733. u. f.

§. 991.

Verschiedene Arten des Näherrechts und deren Wirkung.

Ein Näherrecht wird nicht blos durch Vertrag begründet, es kann auch aus einem Testament oder aus einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze entstehen. Es ist daher in Rücksicht des Entstehungsgrundes von dreyerley Art, entweder ein conventionelles, oder ein testamentarisches, oder ein gesetzliches [68]). Die Wirkung ist jedoch nicht immer bey dem einen, wie bey dem andern, die nämliche. Denn

I) das bedingte Näherrecht, welches sich Jemand in einem Vertrage an der Sache seines Paciscenten auf den Fall einer Veräusserung derselben, ausbedungen hat, giebt in der Regel nur ein ius in personam, weshalb dem Berechtigten zwar eine persönliche Klage gegen den andern Paciscenten, oder dessen Erben, aber keine dingliche Klage gegen den dritten Besitzer, wenn die Sache einmal veräussert worden ist, zusteht [69]).

Viele

68) Man vergleiche TIRAQUELLUS de retractu conventionali. *Franc. 1616.* *Ant. Frid.* MÜLLER Diss. de retractu gentilitio et conventionali. *Arg. 1718.* *Io. Is.* MOORS Diss. de iure protimiseos sive retractus conventionalis et legalis. *Gissae 1732.* *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diss. de retractu conventionali et testamentario. *Tübingae 1758.* und Walch 2. B. 1. Hptst. Ausserdem hat auch Griesinger in s. Commentar über das Wirtemb. LandR. 3. B. §. 210. ff. von diesen verschiedenen Arten des Näherrechts sehr gründlich gehandelt.

69) *L. 75. L. fin. §. ult. D. de contr. emt. et vend.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 48. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXX. §. 139. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 14.

Viele [70]) sind zwar anderer Meinung. Sie glauben, wenn der Eigenthümer einer Sache, bey der Uebertragung seines Eigenthumsrechts auf einen Andern, sich ein solches Näherrecht, auf den Fall einer von diesem vorzunehmenden Veräusserung der Sache, ausbedingt; so afficire ein solcher Vertrag die Sache dergestalt, daß dieselbe cum suo onere, als ein mit der Losung beschwertes Gut, auf den neuen Käufer übergehe. Allein die *L. fin. Cod. de pactis inter emtor. et venditor.* auf deren Worte: Cum enim venditor vel alter alienator non alia lege ius suum transferri passus est, nisi tali fretus conventione: quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? man sich hauptsächlich beruft, redet von keiner dinglichen Klage, die ein solcher Vertrag hervorbringen soll, wie ich schon an einem andern Orte [71]) gezeigt habe. Soll eine Klage gegen den dritten Besitzer Statt finden, so muß ein solcher Fall vorhanden seyn, wo auch das pactum de non alienando gegen den Dritten, an welchen die Sache, dem Vertrag zuwider, veräussert worden, von Wirkung ist [72]). Ausserdem berechtiget

§. 14. de LUDOLF Observat. for. Tom. III. Obs. 257. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 32. Def. 8. MOORS cit. Diss. §. 6. Walch Näherrecht. a. B. 1. Hptst. §. 3. S. 303. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1963. et 1971. not. b.

70) BOCER Diss. de iure retractus. Cl. III. Diss. 22. Th. 38. FROMMANN Diss. de iure retr. Th. 20. 22. 24. sqq. SCHOEPF cit Diss. Cap. I. §. 7. und Griesinger a. a. O. §. 210. S. 860. ff.

71) S. oben §. 976. S. 61 — 67. Man sehe auch Walch S. 303. f.

72) Diese Fälle sind oben S. 66. u. 67. angegeben. Man sehe auch

tiget das bedungene Näherrecht nur zu einer Interessen-Klage gegen denjenigen, welcher dem Vertrage zuwider die Sache veräussert hat, so wie dessen Erben. Von ganz anderer Beschaffenheit ist aber

II) das **testamentarische Näherrecht**, welches ein Erblasser Jemanden in seinem letzten Willen auf einer Sache, welcher er eine Beschwerde aufzulegen berechtiget ist, auf den Veräusserungsfall vermacht hat [73]. **Hellfeld** erklärt zwar dieses Näherrecht auch nur für ein ius in personam, welches zu keiner Revocation der an einen Dritten veräusserten Sache berechtige; allein diese Behauptung widerspricht seinen eigenen Grundsätzen. Oben §. 976. lehrte er, daß eine Vindication solcher Sachen Statt finde, welche gegen ein testamentarisches Verbot veräussert worden sind. Warum sollte nun hier gegen den fremden Käufer keine Klage Statt haben, da mit dem constituirten testamentarischen Näherrecht doch unstreitig auch zugleich das Verbot der Veräusserung an Fremde verbunden ist [74]? **Carpzov** [75] wendet zwar ein, es könne hier keine andere Klage Statt haben, als die actio personalis ex

auch *de* LYNCKER Decision. P. III. Centur. XI. Decis. 1034. WERNHER Lectissim. Commentat. in Pandect. h. t. §. 36. **Walch** Näherrecht. 1. B. 1. Hptst. §. 6. Not. 5. S. 94. f. und **Schmidt** Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 917. S. 670.

73) S. **Walch** Näherrecht. 3. Hauptst. S. 497. ff. und **Griesinger** Commentar über das Wirtemb. LandR. 3. Th. §. 215 S. 878. ff.

74) Man sehe hier vorzüglich **Günth. Heinr. von Berg** jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle. 2. Th. Nr. 20. S. 285. ff.

75) Iurispr. for. P. II. Const. 32. Def. 9.

ex testamento, weil der Erbe durch die Antretung der Erbschaft quasi ex contractu verpflichtet sey, den Willen des Erblassers zu erfüllen. Allein wenn gleich an sich nicht zu läugnen ist, daß sich der Berechtigte dieser Klage gegen den Erben bedienen könne, wenn der Testator demselben auf den Fall, da er ein gewisses Grundstück künftig einmal zu verkaufen gesonnen seyn möchte, die Verbindlichkeit aufgelegt hat, dasselbe keinem Fremden, sondern der in seiner Disposition genannten Person für einen bestimmten Preis zu überlassen [76]; so ist doch dieses nicht das einzige Mittel, dessen sich ein Legatar bedienen kann. Nun würde zwar freylich die rei vindicatio nicht wohl angestellt werden können, da diese theils nur dem Eigenthümer zusteht, für welchen aber der testamentarische Retrahent nicht gehalten werden kann [77]; theils aber auch nie Statt findet, wenn ein gewisses Recht legirt worden ist [78]. Allein es fragt sich, ob nicht, wie viele [79] glauben, gegen den dritten Besitzer die den Legataren sonst zustehende actio hypothecaria Statt finde? Diejenigen [80], welche

76) S. SCHOEPF Diss. de retractu convent. et testamentario. Cap. II. §. 3. et §. 6.

77) Griesinger angef. Commentar S. 881. f. Anderer Meinung ist Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 917. S. 671. f.

78) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Tom. II. lib. de legatis §. 44.

79) SCHOEPF c. l. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 14. Not. 1. SCHWEDER Consil. Tubing. Vol. I. Cons. 120. nr. 10. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVI. Cor. 3. WELLE Diss. de iure praelat. in rebus alienat. ex iure retractus. Cap. III. nr. 50.

80) S. Griesinger S. 882. ff.

welche diese Klage für unstatthaft halten, sagen, 1) die den Legataren nach dem Röm. Recht zustehende hypothekarische Klage setze voraus, daß dem Legatar etwas vermacht sey, was ihm der Erbe zu geben oder zu leisten habe, weil ein Pfandrecht, das Jemand auf meiner Sache anspricht, immer eine persönliche Verbindlichkeit von meiner Seite voraussetze. Dieses sey aber hier nicht der Fall. Denn daß dem Erben keine Verbindlichkeit auferlegt werde, wenn der Erblasser Jemanden ein Näherrecht an einer seiner Sachen vermacht, verstehe sich von selbst. Allein das Gegentheil ist bereits daraus erwiesen worden, daß hier die actio personalis ex testamento allerdings begründet seyn kann. Man sagt 2) der dritte Besitzer einer Sache, wenn die hypothekarische Klage gegen ihn Statt finden soll, müsse immer die Einrede der Excussion dem Kläger entgegen setzen, und ihn durch die Bezahlung seiner Forderung mit seiner Klage auf die Herausgabe der Sache abweisen können. Hier sey aber keine Hauptforderung vorhanden, durch deren Bezahlung sich der Besitzer in seinem Besitz erhalten könnte. Allein auch dieser Grund ist nicht überzeugend. Denn wenn gleich sonst bey der hypothekarischen Klage der Beklagte die Abtretung der verpfändeten Sache durch Bezahlung der Schuld verhindern kann [81]; so kann doch hier dem Kläger die Einrede, daß der Beklagte ihm das Interesse leisten wolle, nicht entgegengesetzt werden, weil die gegen das Verbot des Testators geschehene Veräusserung für nichtig zu achten ist, und der Beklagte nicht anders, als durch Abtretung der Sache, seines Verkäufers Verbindlichkeit erfüllen

81) *L. 12. §. 1. D. Quib. mod. pign. solvit.*

füllen kann [82]). Da indessen der Legatar auch aus dem ihm vermachten Recht selbst klagen kann, so ist es keinem Zweifel unterworffen, daß er auch die aus dem Näherrechte entspringende Retractsklage anstellen könne [83]). Soviel endlich

III. das gesetzliche Näherrecht anbetrift, so ist dasselbe, seiner Wirkung nach, bald ein persönliches, bald ein dingliches Recht, je nachdem es entweder blos gegen den Verkäufer in dem Fall, da er seine Sache an einen Andern zu verkaufen willens ist, ausgeübt werden kann, und dahin gehet, daß er die Sache dem Berechtigten vor einem andern Käufer überlasse; oder gegen einen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht, und dahin gerichtet werden kann, daß er dem Retrahenten die Sache abtrete. Jenes wird das gesetzliche Vorkaufsrecht, letzteres aber der gesetzliche Retract, oder Abtrieb genennt. Im ersten Falle findet nur eine *condictio ex lege*, also eine persönliche Klage, in dem letztern aber die Retractsklage Statt, welche eine dingliche Klage ist [84]). Nach der Mei-

82) *L. 7. §. ult. D. de distr. pignor. L. 69. §. 3. D. de legat. II.* S. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 921. Not. a. S. 675. und Ernst Gottfr. Schmidts theor. pract. Commentar über dieses Lehrbuch 4. B. §. 921. S. 138. f.

83) Walch Näherrecht 2. B. 3. Hptst. §. 2. EISENHARTH Institut. iuris germ. Lib. III. Tit. 8. §. 24. Griesinger S. 883.

84) S. *Io. Christ.* GRUNER Diss. de retractu gentilitio iure in re, praes. *Io. Casp.* HEIMBURG def. *Ienae* 1757. §. 12 — 15. Walch 1. Buch 4 Hptst. §. 4. ff. S. 238. ff. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 2. B. §. 195. S. 207.

Meinung einiger Rechtsgelehrten [85]) soll zwar diese Klage nur gegen den ersten Käufer, nicht aber gegen den dritten Besitzer der dem Näherrecht unterworffenen Sache angestellet werden können; allein man darf nicht, was blos von der Erblosung gilt, und seinen besondern Grund in der Natur des Gegenstandes derselben hat [86]), zur allgemeinen Regel machen.

§. 992.

Fälle eines gesetzlichen Vorkaufsrechts.

Ein gesetzliches Vorkaufsrecht steht I) nach dem römischen Rechte 1) dem Erbzinsherrn bey der Veräusserung des emphyteutischen Guts zu [87]). Hat der Emphyteuta das Gut verkauft, ohne es dem Erbzinsherrn vorher anzuzeigen, und ihm den Vorkauf anzubieten, so hat er das Gut verwirkt. Der Erbzinsherr kann es daher zwar einziehen, aber nicht vermöge des Vorkaufsrechts, sondern er vindicirt es unentgeldlich wegen der Caducität. Dieses haben diejenigen [88]) nicht bedacht, welche das dem Erb-

85) **Struben** rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 133. u. **Thibaut** Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. 2. Abh. S. 66. ff.

86) S. **Walch** 2. B. 2. Hptst. 1 Absch. S. 355.

87) *L. ult. Cod. de iure emphyt.* Disponimus, attestationem domino transmitti, et *praedicere*, quantum pretium ab alio revera accipi potest. *Et si quidem dominus hoc dare maluerit, et tantam praestare quantitatem, quantam ipse revera emphyteuta ab alio recipere potest: ipsum dominum omni modo haec comparare.*

88) WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digest. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 25. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1963.

Erbzinsherrn gesetzlich zustehende Näherrecht für ein dingliches Recht erklären [89]). Man behauptet indessen, daß jener Vorkauf, den das römische Recht dem Erbzinsherrn giebt, nach Einführung der fremden Rechte in Deutschland durch die Auslegung der Rechtslehrer in ein dingliches Näherrecht verwandelt worden sey [90]); so wie solches auch dem Lehnherrn in dem Longobardischen Lehnrecht eingeräumt wird [91]). 2) Ein Vorkaufsrecht geben die Gesetze auch dem Gläubiger bey dem öffentlichen Verkaufe der Güter seines Schuldners, und unter mehreren Gläubigern demjenigen, welcher das Meiste zu fordern und also zu verlieren hat. Unter fremden Käufern, die keine Forderung an den Schuldner haben, haben die Verwandten den Vorzug. Die Gläubiger hingegen gehen auch den Verwandten vor [92]). Aus einer Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius *L. 14. Cod. h. t.* läßt sich schließen, daß ehemals auch bey jedem andern Verkaufe den Verwandten ein Vorkaufsrecht zugestanden habe, und dieses auch sogar denjenigen gestattet worden sey, welche in Ansehung der verkauften Sache mit dem Verkäufer in irgend einer Gemein-

89) S. MADIHN Diss. de iure protimiseos §. 4. et 8. nr. II. Walch S. 12. §. 8. und Griesinger §. 208. S. 851.

90) VOET Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. 3. §. 22. Walch S. 69. §. 28. 2. B. 2. Hptst. 1. Absch. 2. Abs. §. 9. S. 408. f. und Griesinger S. 852.

91) *II. Feud. 9. §. donare.*

92) *L. 16. D. de reb. auct. iud. possid.* Cum bona veniunt debitoris, in comparationem extranei, et eius, qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve: *magis tamen creditor, quam cognatus, et inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.*

meinschaft standen. Zur Zeit der juristischen Klassiker, aus deren Schriften die Pandecten sind compilirt worden, und bis auf **Diocletian** und **Maximian** war dieses Vorrecht noch nicht bekannt [93]). **Jacob Gothofredus** [94]) schreibt daher die Einführung desselben dem Kr. **Constantin** dem Großen zu. Allein die oben erwähnten Kaiser haben diese Art des Näherrechts in der angeführten *L. 14. C. h. t.* wieder aufgehoben, in welcher es heißt: Dudum *proximus consortibusque* concessum erat, *ut extraneos ab emtione removerent*, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent: sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti: *superiore lege cassata*, unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emtorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit. Daß aber hierdurch auch die *L. 16. D. de reb. auct. iud. possid.* sey aufgehoben worden, läßt sich nicht behaupten, da diese von einer nothwendigen, jene aber von einer freywilligen Privat-Veräusserung redet [95]). Die am Ende noch hinzugesetzte

93) *L. 3. Cod. de commun. rer. alienat.* S. **Westphal** vom Kauf. §. 29.

94) Commentar. ad L. 6. Cod. Theodos. h. t. Tom. I. pag. 286. Anderer Meinung ist jedoch **Walch** im Näherrecht S. 6—10. Ja *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 573. glaubt sogar, schon **Romulus** habe ein Gesetz gegeben, daß die den einzelnen Familien-Vätern zugetheilten Ländereyen nicht sollten an Fremde ausser der Familie veräussert werden.

95) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVI. medit. 6. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXVII. medit. 5. et. 6.

setzte Clausel: *nisi lex specialiter* etc. welche in der *L.* 6. *Cod. Theod. h. t.* nicht steht, sondern von Tribonian herrührt, deutet auch ohne Zweifel auf die übrigen hierdurch nicht aufgehobenen Arten des gesetzlichen Vorkaufs hin, wie Godofroi [96]) ganz richtig bemerkt hat. Die Kaiser Romanus Senior Nov. 3. und Friedrich I. V. Feud. 13. haben zwar in der Folge auch das von den Kaisern Valentinian, Theodos und Arcadius aufgehobene Vorkaufsrecht wieder hergestellt, allein da ihre Verordnungen zu dem nicht glossirten Rechte gehören, so kann darauf jetzt nicht weiter Rücksicht genommen werden [97]). 3) Bey der addictio in diem hat ferner der erste Käufer das Recht, daß wenn er die von dem neuen Käufer angebotenen bessern Bedingungen erfüllen will, ihm der Vorzug vor dem neuen Käufer gelassen werden muß [98]). Nicht minder hat 4) der Landesherr, als Bergherr, das Vorkaufsrecht in Ansehung der aus den Bergwerken in seinem Lande gewonnenen Münzmetalle, welches man den Sil-

96) A. a. O. S. 287. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXIV. Th. 6.

97) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 55. not. s. und MOORS cit. Diss. §. 33. Die Stelle *V. F.* 13. gehört zu den capitula extraordinaria, welche nicht glossirt, und daher auch nicht recipirt sind. S. Weber's Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts 1. Th. §. 32. S. 280.

98) *L.* 7. *D. de in diem addict.* Licet autem venditori, meliore allata conditione, addicere posteriori, *nisi prior paratus sit plus adiicere. L.* 8. *D. eodem.* Necesse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emtorem certiorem facere: *ut, si quid alius adjecit, ipse quoque adiicere possit.*

Silberkauf nennt [99]). Man rechnet noch weiter hierher 5) das bey Subhastationen dem ersten Licitanten zustehende sogenannte ius primi liciti [100]), und 6) den Vorkauf eines Gerichtsherrn in Ansehung der von dem Bauer zu Markt tragenden Victualien [1]). Allein für die beyden letzten Arten lassen sich aus dem gemeinen Recht keine Gesetze anführen [2]).

§. 993.

99) *L. 1. Cod. de metallariis.* Perpensa deliberatione duximus sanciendum, ut quicunque metallorum exercitium velit affluere, is labore proprio et sibi et reipublicae commoda comparet. Itaque *si qui sponte conduxerint*, eos laudabilitas tua octonos scrupulos in balluca cogat exsolvere. Quidquid autem amplius colligere potuerint, *fisco potissimum distrahant, a quo competentia ex largitionibus nostris pretia suscipiant.* Statt *sponte conduxerint* muß nach *L. 3. Cod. Theod. de metallis* richtiger sponte *confluxerint* gelesen werden. *Balluca* heißt Goldsand. S. *Iac.* GOTHOFREDUS ad L. 3. Cod. Theod. de metallis Tom. III. pag. 520. edit. *Ritter.* Diejenigen, welche ein Bergwerk anlegen, sollen also nach dieser Verordnung des Kaisers Valentinian ihr, ausser dem zu entrichtenden jährlichen Canon, welcher in 8. Scrupeln Goldsand bestehen soll, gewonnenes Metall oder Gold vor allen andern dem Fiskus zum Verkauf anbieten, welcher ihnen den gehörigen Werth dafür bezahlen wird. S. *Bern. Lud.* MOLLENBEC Diss. de regali protimiseos metallicae iure, vom Vorkauf der Metalle, sonst Silberkauf. *Giessae 1691.* Franz Ludw. v. Cancrin Grundſ. des teutschen Berg- u. Salzrechts. 1. Abth. §. 164—168. und Christ. Gottlob Flade Römisches Bergrecht. Freyberg 1805. 2. Abschn. S. 80. u. 81.

100) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Const. 32. Def. 42.

1) LEYSER Specim. CLXIX. med. 6.

2) Hellfeld führt zwar die *L. 4. C. de fide et iure hast. fiscal.* an. Allein das Gesetz sagt nur, daß bey öffentlichen Verstei-

§. 993.

Verschiedene Arten des gesetzlichen Retracts.

Der gesetzliche Retract unterscheidet sich von dem bloßen Vorkaufs- oder Einstandsrechte darin, daß er in der Jemandem auf eines Andern Sache zustehenden Befugniß besteht, vermöge deren er dieselbe in dem Falle, da sie von ihrem bisherigen Besitzer an einen Dritten veräussert worden ist, gegen Erfüllung aller derjenigen Bedingungen, unter welchen sie der Dritte erhielt, nebst Ersatz des Aufwandes, den derselbe in Ansehung der Sache gemacht hat, an sich zu bringen berechtiget ist. Ein solches Recht, welches, seiner Gültigkeit und seinem Umfange nach, immer nur nach den besondern Gesetzen oder dem Herkommen des Orts zu beurtheilen ist, wo es geltend gemacht werden will, auch an sich keine Begünstigung verdient, sondern vielmehr, als ein verhaßtes, und der Freyheit des bürgerlichen Verkehrs nachtheiliges Recht, im Zweifel immer eher einzuschränken als auszudehnen ist [3]), kann da, wo es eingeführt ist, aus mancherley Gründen Statt finden. Es kann nämlich zustehen 1) dem Eigenthümer eines Grundstücks in Ansehung des an das seinige gränzenden, und von seinem Nachbar an einen Dritten verkauften Grundstücks, — Nachbarrecht, *retractus ex iure vicinitatis;* oder 2) dem Besitzer des einen Theils eines zertheilten Grundstücks in Ansehung des von dem bisherigen Besitzer an einen Dritten verkauften andern

gerungen so lange noch immer ein besseres Gebot gethan werden könne, als die Licitationszeit noch nicht verstrichen ist.

3) S. Weber zu Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 921. Not. u. S. 676.

dern Theils; — Gespilde = oder Spaltungsrecht, *retractus ex iure congrui*; oder 3) einem Einheimischen in Ansehung eines an einen Auswärtigen veräußerten Grundstücks, — Marklosung, *retractus ex iure incolatus* [4]) und in sofern er nicht blos einem Gemeinde Mitgliede, sondern jedem Landesunterthan in Ansehung eines an einen Ausländer veräußerten Grundstücks zusteht, — Territorialretract; oder 4) dem Theilhaber an einer gemeinschaftlichen Sache in Ansehung des dem andern Mittheilhaber bisher zugestandenen, und von demselben an einen Dritten verkauften Antheils; — Ganerbenrecht, *retractus ex iure communionis*, seu *ex condominio*; oder 5) einem Verwandten des Verkäufers in Ansehung eines von ihren beyderseitigen Vorfahren erworbenen, und an einen Dritten veräußerten Gutes. — Erblosung, Erbfreundrecht, *retractus gentilitius*. Die weitere Ausführung dieser Arten des Retracts gehört in das teutsche Privatrecht, es ist auch dieses Feld schon von Walch hinlänglich bearbeitet worden.

M 2 §. 994.

4) Irrig leitet man den Ursprung dieses Retracts aus *L. un. Cod. Non licere habitator. metrocomiae loca sua ad extraneum transferre*, her. Das Gesetz verbietet vielmehr schlechterdings die Veräusserung der zu einer Metrokomie gehörigen Güter an Auswärtige bey Strafe der Nichtigkeit. *Metrocomia* war, wie *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de patrocin. vicor. T. IV. pag. 187. sagt, mater pagorum, seu caput inter omnes vicos, qui uni civitati subiecti erant: haud aliter, quam metropolis mater civitatum eiusdem provinciae. Man sehe auch Walch S. 11. §. 7.

§. 994.

Bestrittene Allgemeingültigkeit des Erblosungsrechts.

Viele Rechtsgelehrten [5]) sind der Meinung, daß unter allen Arten des Retracts die Erblosung sich darin auszeichne, daß sie die einzige Art des dinglichen Näherrechts sey, welche auf einer allgemeinen deutschen Gewohnheit, beruhe, und folglich in der Regel, als allenthalben gültig, ohne weitern Beweis, präsumirt werden müsse. Allein man irrt hier offenbar. Eine Allgemeingültigkeit des Erblosungsrechts durch ganz Teutschland ist unerweislich. Denn das römische Recht spricht den Verwandten dieses Recht geradezu ab [6]). Durch eine Verordnung des Kaisers **Friedrich** I. [7]) ward es ihnen zwar wieder eingeräumt; allein diese Constitution gehört ad capitula Feudorum extraordinaria, welche in Teutschland nicht recipirt sind. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht kann auch dafür nicht angeführt werden. Denn wenn es auch, wie man behaupten will, in den meisten Provinzen Deutschlandes gelten sollte, so würde doch auch diese Uebereinstimmung noch

5) Ausser unserm **Hellfeld** sind dieser Meinung GAIL Obser. var. Lib. II. c. 19. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 138. **Struben** Nebenstunden 5. Th. Abh. XXXII. §. 24. S. 59. SELCHOW Elem. iur. Germ. §. 591. EISENHARTH Institut. iuris germ. priv. Lib. III. Tit. 8. §. 13. **Walch** Geschichte des Näherrechts § 17—26. und im Näherrechte 2. B. 2. Hptst. 1. Absch. 1. Abth. 1. Abs. §. 23. S. 362. **Runde** Grds. des allg. deutsch. Privatrechts §. 196.

6) *L. 14. Cod. h. t.*

7) *V. Feud.* 13.

noch kein allgemeines deutsches Recht begründen [8]), zumal da es ganz entschieden mehrere deutsche Territorien giebt, wo dieser Retract nicht üblich ist [9]). Es muß also lediglich das Particularrecht in jedem einzelnen Falle entscheiden, ob und wieweit die Erlosung Statt finde; und es läßt sich mithin keineswegs behaupten, daß diese Art des Näherrechts durch ganz Deutschland die Vermuthung des Gebrauches für sich habe, vielmehr muß derjenige, der auf dieselbe sich beruft, im Falle des Widerspruchs jedesmal gehörig darthun, daß solche an dem Orte, wo er sie ausüben will, durch Gesetz oder Herkommen begründet sey [10]).

§. 995.

Pflichten des Retrahenten.

Derjenige, welcher sich des Näherrechts bedient, tritt vermöge seines Rechts in die Stelle des Käufers ein, und ladet dessen Rechte und Verbindlichkeiten auf sich [11]). Der Retra-

8) S. Hufeland Beyträge zur Berichtigung der posit. Rechtswissenschaft. St. 1. Abh. 1.

9) Z. B. Wirtemberg, Wisbaden, Frankfurt am Main, Rostok, Sachsen-Gotha u. a. m.

10) Hierin stimmen überein WERNHER Select. Obs. for. Tom. I. P. III. Obs. 162. STRYK de Success. ab intest. Diss. VI. Cap. I. §. 15. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CXCIII. medit. 2. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1970. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 133. §. 1. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 196. und Götz rechtliche Entscheidungen der jurid. Facultät zu Altdorf. Nr. XIV. S. 187. ff.

11) S. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Abth. Resp. LXVIII. 2. Frage Nr. 14.

Retrahent muß daher alle diejenigen Bedingungen erfüllen, unter welchen die zu retrahirende Sache von dem Käufer erworben worden ist. Denn dieser darf von dem Retract schlechterdings keinen andern positiven Nachtheil haben, als den, daß er die dem Näherrechte unterworfene Sache dem Retrahenten abtreten muß. Hieraus folgt, daß wenn 1) ein Sammt- oder Mengekauf geschlossen, und vermöge desselben mehrere Grundstücke zugleich für einen Preis gekauft worden, welche nicht alle dem Näherrechte unterworffen sind, der Retract zwar an sich nicht wegfalle [12]), allein der Retrahent verbunden sey, entweder in den ganzen Kauf zu treten, oder von dem Retract gänzlich abzustehen, wenn es nämlich bey dem geschlossenen Contract zur Bedingung gemacht war, daß alles beysammen bleiben müße, so daß der Käufer den Kauf gar nicht geschlossen haben würde, wenn er das dem Retract unterworfene Grundstück nicht zugleich mit erhalten hätte. Denn sonst würde hier der Käufer den Schaden haben, daß er nun ein Grundstück behalten müßte, welches er ohne das retrahirte nie gekauft haben würde, und

12) Einige Rechtsgelehrten wollen zwar behaupten, daß bey einem Sammtkaufe der Retract nicht Statt finde; als BERLICH Decis. 165. nr. 5. et Decis. 166. nr. 1. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 222. und HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 43. et 206. Allein diese Meinung ist auf keine Weise zu rechtfertigen. Dem Retrahenten steht ein so vollkommenes Recht zu, daß man unmöglich annehmen kann, es dürfe durch einen solchen Mengekauf nach Willkühr ausgeschlossen werden. S. Walch Näherrecht 1. B. 3. Hptst. 3. Abschn. §. 14. S. 207. und KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 52.

und welches nun ohne dieses für ihn entweder ganz unbrauchbar, oder wenigstens von keinem Interesse und Werth ist [13]). Ein Anders wäre, wenn der Käufer den Kauf auch ohne das dem Retract unterworffene Stück geschlossen haben würde. Hier kann der Käufer nicht sagen, daß er einen Nachtheil davon habe, wenn der Retrahent nur das seinem Näherrecht unterworffene Grundstück allein abfordert. Es wird aber auch in jenem Falle vorausgesetzt, daß der Sammtkauf nicht arglistig und in der Absicht geschlossen worden sey, um den Retrahenten abzuschrecken, und ihm dadurch mittelbar sein Recht zu entziehen. Hier würde der Retrahent allerdings berechtiget seyn, nur das seinem Recht unterworffene Grundstück aus dem Sammtkaufe allein herauszulösen, und die übrigen Stücke, die der Käufer blos aus Gefährde mitkaufte, demselben allein zu überlassen [14]). Auf solche Art läßt sich die Meinung derjenigen [15]) vereinigen, welche den Retrahenten nicht für schul-

13) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 22. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 40. §. 4. et Tom. IV. Obs. 22. CURTIUS Conjectur. iuris civ. Lib. II. c. 38. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur Rom.* Tom. V. pag. 198..) *Io. Th.* SEGER Diss. de re singulari ex pluribus uno pretio venditis retrahenda. *Lipsiae 1766.* §. ult. (in *Opuscul.* Vol. I. Nr. VIII.) Walch Näherrecht S. 207. Danz Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts 2. B. § 195. S. 203. und Griesinger Commentar über das Wirtemb. Landrecht 3. B. S. 830. f.

14) S. Griesinger a. a. O. S. 831.

15) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 13. not. 5. *Hieron. Frid.* SCHORCH Disquis. de retractu rei singularis ex pluribus simul uno pretio venditis. *Erfordiae* 1783. KIND Quaest. for. Tom. I. cap 52. und *Christ. Theoph. de* GMELIN Comm. iuris civ.

schuldig halten wollen, wider seinen Willen in den Sammtkauf zu treten, weil ihm sonst sein Recht gar leicht vereitelt werden könnte. Eine Gefährde läßt sich aber doch auch so gerade nicht annehmen, wenn nicht besondere Anzeigen dazu vorhanden sind [16]). Daß der Retrahent sich dieserhalb der Eidesdelation bedienen könne, leidet keinen Zweifel [17]). Es versteht sich auch, daß der Retrahent die übrigen in dem Sammtkaufe begriffenen, dem Retract aber nicht unterworffenen Stücke zu verlangen nicht befugt sey, wenn diese der Käufer behalten will, sondern sich mit dem seinem Näherrechte unterworffenen begnügen müsse. Er zahlt dann aber auch nur den Werth für das Grundstück, welches er retrahirt [18]). Sind alle in dem Sammtkaufe begriffene Grundstücke dem Retract unterworffen, so behaupten viele Rechtsgelehrten [19]) ohne Unterschied, der Retrahent müsse sie entweder alle übernehmen, oder von dem Retract ganz abstehen. Denn stünde es in seiner Willkühr, nur ein, oder einige, und nicht alle

civ. de singulari iure rerum plurium, quae non sine damno vel offensa pietatis separantur, praecipue circa emtionem venditionem. *Tübingae 1814.* 8. §. 26. pag. 66.

16) Einer andern Meinung ist zwar SCHORCH cit. Disquisit. p. 5. Allein dieser Meinung steht *L. 6. C. de dolo malo* entgegen.

17) Griesinger im angef. Commentar 3. B. S. 832. und mein Commentar 12. Th. § *799.* S. 264.

18) Walch a. a. O. §. 14. S. 207.

19) TIRAQUELL de retractu lign. §. 23. gloss. 1. nr. 1. et gloss. 2. nr. 2. et 3. FRANTZKIUS de laudemio cap. 16. nr. 276. HOFMANN Tr. de iure rerum individuarum Cap. IV. Sect. III. nr. 91. SCHORCH cit. Disquisit. pag. 4. und GMELIN cit. Commentat. §. 26. pag 62. sq.

ke seinem Näherrecht unterworffene Stücke zu lösen, so könnte er leicht zum größten Nachtheile des Käufers die besten Grundstücke retrahiren, und die schlechtern dem Käufer zurücklassen. Dieß sey ihm aber nicht erlaubt, ja es würde eine Arglist verrathen, wenn er den Contract zu theilen verlangen wollte, da ihm doch an allen verkauften Stücken ein gleiches Recht zustehe [20]). Allein es kommt vor allen Dingen darauf an, ob sämmtliche Stücke zu einem gewissen Hauptgute gehören, und mit demselben ein von dem Käufer erkauftes ungetheiltes Ganzes ausmachen, oder nicht, sondern besondere für sich bestehende Stücke sind. In dem ersten Falle hat es seine unbezweifelte Richtigkeit, daß es dem Retrahenten keinesweges erlaubt sey, gegen den Willen des Käufers an einem Theile des Guts den Retract auszuüben, der ihm auf das ganze ungetheilte Gut zustand [21]). In dem letzten Falle hingegen ist darauf zu sehen, ob der Käufer ohne diejenigen Stücke, die der Retrahent nur allein lösen will, den Kauf gar nicht geschlossen haben würde. Auch hier kann der Käufer, vorausgesetzt, daß er sich keines Dolus schuldig gemacht habe, mit Recht verlangen, daß der Retrahent auch die übrigen Stücke übernehme, wenn sie nun für ihn keinen Werth und Interesse mehr haben. Hätte hingegen der Käufer diejenigen Stücke, die der Retrahent nicht verlangt, auch an und für sich gekauft, so daß ihm daraus, daß er sie behält, kein besonderer Nachtheil entsteht; so läßt sich nicht wohl

20) *L. 5. L. 6. Cod. de omni agro deserto.*

21) Consil. Tubing. Vol III. Consil. 234. nr. 19. sqq. Eben so entschied auch der griechische Richter bey HARMENOPULUS in Promptuario iuris Lib. III. Tit. 3. nr. 128.

wohl behaupten, daß der Retrahent verbunden sey, alle seinem Näherrecht unterworffenen Stücke zu retrahiren, weil Niemand zur Ausübung eines ihm zustehenden Rechts gezwungen werden kann, sofern keinem Andern durch den Nichtgebrauch desselben ein Nachtheil erwächst [22]). In solchen Fällen nun, wo aus einem Sammtkaufe nur einzelne Stücke retrahirt werden, muß das zu retrahirende Grundstück durch beeidigte Sachverständige nach seiner Größe und Güte geschätzt werden [23]). Ausserdem muß 2) der Retrahent dem Käufer den nämlichen Kaufpreis erlegen, den der letztere dem Verkäufer bezahlt hat [24]), wenn er auch den wahren Werth der Sache übersteigen, oder auch der Werth der Sache in der Zwischenzeit gestiegen seyn sollte [25]). Er muß ferner 3) dem Käufer allen übrigen Aufwand ersetzen, den er der Sache wegen gehabt hat, als Lehnwaare, Geschenke, welche der Käufer auf Verlangen

22) S. Griesinger S. 835—840.

23) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 13. not. 5. Griesinger S. 840. und GMELIN cit. Commentat. §. 27. pag. 68.

24) Die Bezahlung der Kaufsumme muß auch in solchen Münzsorten geschehen, welche dem innern Werthe der vom Käufer bezahlten Summe nach dem damaligen Curs der Münzen gleichkommen. S. Schmidts Abh. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 285. Ebendesselben rechtliche Entscheidungen zu jener Abhandlung Nr. LXXVII. S. 553. und von Zangen Beyträge zum teutschen Rechte. 2. Th. Nr. 1.

25) Walch Näherrecht 1. Buch 3. Hptst. 3. Abschn. §. 6. u. 7. S. 193. und S. 196. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXCIII. medit. 9. Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Resp. 68. nr. 15.

gen des Verkäufers desselben Frau und Kindern, des Kaufs wegen, hat machen müssen, ferner die Gebühren für die Ausfertigung des Kaufbriefs, Schlüssel- und Weinkaufsgelder, so wie die zur Erhaltung der Sache aufgewandten Kosten, und den zur Verbesserung derselben gereichenden nützlichen Aufwand, so weit nämlich dieser Aufwand die bis zur Zeit des Retracts aus der Sache gezogenen Vortheile und Nutzungen übersteigt [26]). Die blos zum Vergnügen aufgewandten Unkosten (impensae voluptuariae) werden ihm fast durchgehends aus dem Grunde abgesprochen, weil auch der bonae fidei possessor dafür keinen Ersatz fordern, sondern sie nur wegnehmen könne, so weit eine Trennung derselben möglich ist [27]). Man behauptet sogar, der Käufer müsse auch die ordentlichen zur Erhaltung der Sache dienenden Ausgaben tragen, z. B. was er um das Haus im Dach und Fach, oder das Grundstück im nöthigen Bau zu erhalten, aufgewandt hat, desgleichen die gewöhnlichen Steuern und andere Abgaben, weil auch der Nutznießer diese übernehmen müsse [28]); nur die zur Erhaltung der Sache aufgewandten ausserordentlichen Kosten müßten ihm vergütet werden [29]). Ueberhaupt aber sey immer bey jeder Art von Kosten, die der Retrahent erstatten solle, vorauszusetzen, daß sie mäßig sind, und mit der Sache, worauf sie verwendet worden, in Proportion stehen [30]). Allein man geht hier von ganz falschen Grund-

26) **Griesinger** S. 936.

27) **Walch** a. a. O. §. 18. S. 214. f.

28) *L. 7. §. 2. D. de usufr. L. 7. Cod. eod.*

29) **Danz** Handbuch des deutschen Privatrechts 2. B. §. 195. S. 203. **Walch** a. a. O. §. 19. S. 217.

30) **Danz** a. a. O. S. 204. **Walch** S. 215. a. E.

Grundsätzen aus. Der Käufer ist hier weder als bonae fidei possessor, noch als Usufructuar zu betrachten, sondern er ist Eigenthümer, und zwar ein vollkommner wahrer Eigenthümer, der von dem Retract keinen andern positiven Schaden haben darf, als den, daß er die gekaufte Sache entbehren muß [31]). Nach diesem Princip muß der Käufer wegen jeder Art von Kosten entschädiget werden, also auch wegen der blos zum Vergnügen verwandten, so weit er durch den Genuß der Sache nicht entschädiget ist, und der Aufwand nicht in der boshaften Absicht gemacht worden, um den Retrahenten von dem Abtriebe abzuschrecken [32]). Ehe nun der Käufer wegen der von dem Retrahenten zu erfüllenden Bedingungen vollkommen befriediget worden ist, ist derselbe das retrahirte Grundstück abzutreten nicht verbunden [33]). Bis dahin behält er denn auch noch den Genuß der Früchte [34]). Insonderheit aber wird baare Bezahlung des Kaufgeldes erfordert, und es kann dem Käufer nicht zugemuthet werden, daß er statt des baaren Geldes einen Bürgen oder Pfand annehme [35]). Weigert sich der Käufer die Bezahlung anzunehmen, ohne hierzu eine gerechte Ursache zu haben, so ist der Retrahent seiner Verbindlichkeit entlediget, wenn er das

31) Griesinger S. 936. ff.

32) BERLICH Conclus. practic. P. II. Concl. 41. nr. 43.

33) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 195. nr. 11. S. 204. f.

34) von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 3. B. 2. Erört.

35) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIII. Th. 63. not. α. Walch S. 200.

das Geld nach geschehener reellen Anbietung gerichtlich deponirt [36]) Von dieser Zeit an ist auch der Käufer zur Restitution der genossenen Früchte verbindlich. Die bloße Ankündigung des Retracts setzt also den Käufer noch nicht gleich in moram, sondern es kommt darauf an, wie sich der Retrahent bey der Ankündigung, zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, bereit erklärt hat. Die bloße Erklärung, daß er in den Kauf treten, und das Kaufgeld bezahlen wolle, ist nicht hinreichend, sondern die Verbindlichkeit des Käufers zur Erstattung der von dem retrahirten Grundstück während des Prozesses gezogenen Früchte, hängt lediglich davon ab, ob der Retrahent zur baaren Bezahlung des Kaufgeldes bereit war, so daß es blos an dem Käufer lag, dasselbe anzunehmen. Ist eine solche reelle Oblation nicht geschehen, so genießt der Käufer die Früchte mit Recht, auch während des Prozesses [37]). Sind Früchte zur Zeit der Abtretung des Grundstücks noch stehend, so sind sie als ein Theil desselben anzusehen [38]). Der Retrahent spricht sie also zwar mit dem Grundstück an, er muß aber den Käufer wegen dieses Verlustes vollkommen entschädigen [39]).

§. 996.

36) *Arg. L. 7. Cod. de pact. inter emtor. et vend.*

37) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 27. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXIII. Th. 63. und Walch S. 225. Not. 10.

38) *L 44. D. de rei vindicat.*

39) Walch 1. B. 3. Hptst. 3. Abschn. §. 21. und besonders die Gebr. Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 10. B. Medit. 498.

§. 996.

Verlust des Näherrechts.

Das Näherrecht kann auf mancherley Art verlohren gehen. I) Durch Verjährung. Hier ist ein Unterschied zu machen zwischen dem Retract und dem Vorkaufe. Jener muß nach deutschen Rechten binnen Jahr und Tag ausgeübt werden, worunter ein gemeines Jahr, und ein gemeiner Tag von 24 Stunden verstanden wird, sofern nicht die besondern Landesgesetze eine andere Bestimmung enthalten [40]). Diese Verjährungszeit fängt jedoch erst von der Zeit zu laufen an, da der Kauf durch die Uebergabe vollzogen worden ist, und der Retrahent eine vollständige Wissenschaft von dem Contract erhalten hat [41]). Hat der Retrahent vom Kaufe nichts erfahren, so erlischt das Näherrecht erst nach dreyßig Jahren. Denn da diese gemeine Verjährung bey allen dinglichen und persönlichen Klagen der Regel nach in Deutschland Statt findet, so muß sie folglich auch bey der Retractsklage Statt haben, und diese fängt gleich von der Zeit der geschehenen Veräusserung zu laufen an [42]). Das Vorkaufsrecht hingegen geht verlohren, wenn derjenige, welcher solches auszuüben berechtiget ist, sich desselben entweder nicht binnen der ihm deshalb gesetzten Frist, z. B. binnen zwey Monaten beym Ver-

40) Walch 1. B. 5. Hptst. §. 10. ff. S. 260. ff. und Erlesinger im angef. Commentar §. 219. S. 912. ff.

41) Walch a. a. O. §. 14. S. 271. ff. §. 15. S. 275. Viele rechnen jedoch den Anfang der Verjährung schon von der Zeit an, da der Kauf zu Stande kam. Allein Walch hat diese Meinung genügend widerlegt.

42) Walch a. a. O. §. 19. S. 280.

Verkaufe eines emphyteutischen Guts, von der Zeit der dem Erbzinsherrn geschehenen Anzeige des Contracts an gerechnet, oder ehe und bevor der Kauf durch die Uebergabe vollzogen ward, nicht bedient hat. Die dem Berechtigten zustehende persönliche Klage auf Leistung des Interesse erlischt jedoch erst nach 30. Jahren [43]). II. Durch Entsagung, welche nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch Handlungen geschehen kann. Es müssen nur solche Handlungen seyn, die man vernünftigerweise gar nicht anders erklären kann und muß, als daß man sich seines Rechts habe begeben wollen. Denn eine Entsagung ist im Zweifel nie zu vermuthen, wenn nicht die deutlichsten Kennzeichen derselben vorhanden sind [44]). Dahin gehört, wenn derjenige, welchem das Näherrecht zusteht, von dem Käufer um seine Einwilligung in den Kauf ersucht wird, und er williget in den Kauf. Hierdurch hat er sich des Retracts, den er hätte ausüben können, unstreitig begeben, weil sonst seine Einwilligung gar keinen Zweck hätte, wenn man sie nicht für eine Entsagung gelten lassen wollte; indem zur Schliessung des Kaufs, den der Retrahent ohnehin nicht hindern konnte, die Einwilligung desselben nicht erforderlich war. Ausserdem läßt sich nicht behaupten, daß die Genehmigung des Kaufs schlechterdings eine stillschweigende Entsagung enthalte, wenn sich noch ein anderer Grund gedenken läßt, warum die Genehmigung des zur Losung Berechtigten erfordert wurde, z. B. wenn der Lehnherr, als solcher, den Kauf genehmiget, oder der Richter, als solcher, den

43) CARPZOV P. II. Const. 32. Def. 13.

44) Grießinger angef. Commentar 3. B. §. 226. S. 953. und Walch Näherrecht S. 249. f.

den Kauf bestätiget, oder derjenige, welchem der Retract zusteht, blos als Zeuge zugezogen wurde. Denn in allen diesen Fällen ist anzunehmen, daß sie den Kauf nur salvo iure suo genehmiget haben [45]). Ja wenn auch die Einwilligung des zum Retract Berechtigten in den Kauf ausdrücklich wäre nachgesucht worden, es hätte aber derselbe blos zu Gunsten einer gewissen Person, oder in Rücksicht des zu hohen Preises in den Kauf gewilliget, so würde ihn nicht einmal seine Einwilligung verbinden, wenn die Sache nachher einer andern Person, oder für einen geringern Preis verkauft worden wäre. Ja nicht einmal eine ausdrückliche Entsagung würde dem Retrahenten präjudiciren, wenn die Contrahenten arglistig einen höhern Preis angegeben haben sollten, als sie unter sich festgesetzt haben. III. Wenn die Qualität der Sache, welche den wesentlichen Grund des Retracts ausmacht, gänzlich aufgehört hat, so fällt auch das Näherrecht weg. Der Fall tritt besonders bey der Erblosung ein. Diese setzt voraus, daß das veräusserte Grundstück ein Stammgut sey, welches von den Vorfahren des Verkäufers auf denselben durch Erbgangsrecht gekommen ist, ob es übrigens mittelbar, oder unmittelbar auf den Verkäufer vererbt worden, ist gleichviel, wenn es nur von einem solchen auf denselben durch Erbgangsrecht gefallen ist, von welchem der Retrahent sowohl, als der bisherige Besitzer und Verkäufer rechtmäßig abstammt [46]). Wenn daher das Gut an einen Dritten ausser der Familie verkauft, und von diesem aufs

45) S. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts 2. B. §. 195. S. 210.

46) Danz Handbuch 2. B. §. 196. S. 215.

aufs neue an einen Fremden gebracht worden ist, so daß also nicht der gegenwärtige Verkäufer, sondern derjenige, von welchem es derselbe an sich brachte, mit dem Retrahenten von dem vormaligen gemeinen Erwerber desselben abstammt, das Gut folglich sich in der dritten Hand befindet; so kann nun ein solches Grundstück nicht weiter retrahirt werden, weil es durch die letzte Veräußerung aufgehört hatte, in Rücksicht der Familie des ersten Verkäufers, ein Stammgut zu seyn [47]).

Es ist eine offenbar irrige Meinung, wenn **Hellfeld** behauptet, daß auch durch Cession das Näherrecht erlösche. Denn Erstens ist überhaupt die Frage noch zu erörtern, ob und in wiefern das Näherrecht einem Dritten abgetreten werden könne? Es kommt hier darauf an, auf welchem Grunde das Näherrecht beruhet. Gründet sich dasselbe blos auf einen Vertrag, oder Testament, so hat es keinen Zweifel, daß ein solches Recht, welches auch auf die Erben übergeht, einem Dritten cedirt werden könne [48]), voraus-

47) S. Walch's Näherrecht 2. B. 2. Hptst. 1. Absch. 1. Abth. 1. Abs. §. 20. S. 355. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 133. S. 470. und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. B. 2. Abth. S. 70. Anderer Meinung ist jedoch *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 24.

48) S. *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diss. de retractu conventionali et testamentario. *Tüb 1758.* Cap. I. §. 6. et 16. et Cap. II. §. 2. *Mich.* GRASS Diss. de cessione iuris retractus. *Tübing.* 1713. §. 22 — 27. STRYK de Succ. ab int. Diss. VI. Cap. 2. §. 6. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 32. Def. 8. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. IX. Obs. 164.

vorausgesetzt, daß in Rücksicht eines testamentarischen Näherrechts nicht aus den Worten des Erblassers eine andere Absicht hervorgehe [49]); oder das durch Vertrag bedungene Recht nicht blos auf die Person des Berechtigten beschränkt sey [50]). Denn Vertragsrechte, so wie Vermächtnisse, gehen in der Regel auf die Erben über, und sind veräusserlich, also auch cessibel. Denn der Schluß von Veräusserung auf Cession ist gültig [51]). Anders verhält sich's mit dem gesetzlichen Näherrechte [52]). Dieses hat entweder in einer persönlichen Qualität des Berechtigten, oder in dem Besitz einer gewissen Sache seinen Grund. In dem ersten Falle ist es ein subjectiv persönliches Recht, welches seiner Natur nach keine Cession gestattet. Daher sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß die Erb-

49) Walch im Näherrecht 1. B. 3. Hptst. §. 4. will zwar das testamentarische Näherrecht nur dem Legatar, aber weder desselben Erben noch dem Cessionar einräumen. Allein er argumentirt unrichtig von dem gesetzlichen Retract auf den testamentarischen, wie schon Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landr. 3. B. §. 215. S. 881. Not. r. gegen Walch erinnert hat.

50) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XVIII. Tit. 4. § 31.

51) *L. fin. Cod. de hered. vel act. vend. L. 5. §. 1. D. Quando dies legator. L. un. §. 4. et 5. C. de caduc. toll.* S. *Ge. Sam.* MADIHN Diss. de iure protimiseos eiusq. a iure retractus discrimine. §. XII. nr. III. pag. 39. und *Walt. Vinc.* WIESE Diss. de iuribus ex cessione tam valida, quam invalida. *Rost. 1780.* §. 12.

52) GRASS Diss. cit. §. 3. 9. 10. 15—17. LAUTERBACH cit. loc. §. 31. Walch Näherrecht 1. B. 3. Hptst. 1. Abschn. §. 4. S. 120. Griesinger §. 227. S. 957.

losung durch keine Cession einem Dritten übertragen werden könne [53]). Zwar kann sich wohl der nähere Verwandte seines Rechts zum Besten des entfernteren begeben. Allein dieses ist keine Cession, weil der entferntere Verwandte schon diejenige persönliche Qualität besitzt, welche ihn, den Retract auszuüben, fähig macht. Denn einem Fremden, welcher kein Verwandter des Cedenten ist, kann das Erbfreundsrecht nicht abgetreten werden [54]). In dem letztern Falle hingegen wird dem Cessionar entweder zugleich die Sache überlassen, um deren willen dem Cedenten der Retract zusteht, oder nicht. In dem letzten Falle ist die Cession vergeblich. In dem ersten Falle kann zwar der Cessionar den Retract ausüben, aber er übt ihn nicht als Cessionar, sondern als nunmehriger Besitzer der Sache aus [55]). Eine Cession läßt sich nur dann gedenken, wenn das gesetzliche Näherrecht ohne jene oder diese besondere Voraussetzung ausgeübt werden kann. Aber auf keinen Fall enthält die Cession einen Grund, aus welchem das Näherrecht wegfällt, weil es ja der Cessionar an der Stelle des Cedenten ausübt. Ist ein Verdacht vorhanden, daß der Retrahent das ihm zustehende Näherrecht nicht für sich, und zu seinem eigenen Nutzen, sondern in der Absicht ausübe, um das demselben unterworfene Grundstück einem Andern zuzuwenden, so kann von ihm die Lei-

 stung

53) Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit. 15.

54) Walch 2. B. 2. Hptst. 1. Absch. 1. Abth. 1. Abs. §. 5. Not. 14. S. 318.

55) Walch a. a. O. S. 120.

stung eines Eides verlangt werden, wodurch er diesen Verdacht von sich entfernt [56]).

Noch entsteht zuletzt die Frage, ob das Näherrecht dadurch ausgeschlossen werden könne, wenn die Contrahenten den unter sich abgeschlossenen Kauf wieder aufheben? Es ist hier zuförderst vorauszusetzen, daß der Kauf vollständig abgeschlossen und zu seiner Perfection gediehen war. Denn so lange der Kauf noch nicht vollkommen zu Stande gekommen ist, kann das Näherrecht ohnehin nicht ausgeübt werden; gesetzt auch, daß der bisherige Besitzer seine Absicht, die Sache zu verkaufen, auf das bestimmteste erklärt, auch mit einem Dritten über den Verkauf der Sache bereits Unterhandlungen eingeleitet hätte [57]). Denn hier kann der Besitzer noch immer von dem intendirten Verkaufe abstehen, und die Sache behalten. Aber wie wenn der Kauf vollkommen abgeschlossen war, können hier die Contrahenten zurückgehen, um das Näherrecht auszuschließen? Ist von einem bloßen Vorkaufsrechte die Rede, so hat derjenige, dem ein solches Recht zusteht, nun ein so vollkommenes und wirksames Recht erworben, daß ihm solches durch die Contrahenten auf keine Weise mehr entrissen und vereitelt werden kann [58]). Die Gesetze geben dem

56) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIII. medit. 6. et 7. und besonders *Io. Frid.* GILDEMEISTER Observation. iur. varii argumenti. *Bremae* 1758. Obs. 1. auch GRASS cit. Diss. §. 8. 12. et 13.

57) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. 7. Erört. S. 39. f.

58) HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 102. nr. 1. von Bülow und Hagemanns pract. Erörter. a. a. O.

dem Berechtigten die actio et vendito zur Ausübung seines Rechts, so bald der Kauf vollkommen abgeschlossen ist [59]). Streitiger ist die Frage, ob das Nämliche auch bey dem Retract Statt finde? Nach der gemeinern Meinung behauptet man, daß die Contrahenten hier von dem Contract so lange noch immer wieder abgehen könnten, als der Kauf durch die Uebergabe noch nicht vollzogen worden ist, ohne daß der Retract ausgeübt werden kann [60]). Man beruft sich auf die Gesetze, welche den Contrahenten schlechthin erlauben, von einem geschlossenen Kaufe wieder abzugehen, so lange die Uebergabe noch nicht erfolgt ist [61]). Uebердем erhalte ja der Retrahent erst dann ein Recht, den Abtrieb auszuüben, wenn durch die Uebergabe die Sache an den Käufer gebracht worden ist. Andere [62]) hingegen unterscheiden, ob sich der Retrahent bereits gemeldet habe, oder nicht. Nur in dem ersten Falle stehe es den Contrahenten nicht weiter frey, von dem bereits zur Perfection gekommenen Kaufe mit der Wirkung wieder abzugehen, daß das Näherrecht nunmehr wegfalle. Dieser Meinung tritt

59) *L.* 21. §. 5. *D. de act. emti et vend.* Si ita tibi fundum vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, *si alii vendideris.*

60) *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 24. pr. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. §. 66. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. §. 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCV. medit. 9. Walch Näherrecht. 1 B. 5. Hptst. §. 20. S. 281. f. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. II. Fasc. II. Obs. 412.

61) *L.* 3. *et* 5. §. 1. *D. de resc. vendit.* *L.* 1. *et* 2. *Cod. Quando liceat ab emt. discedere.*

62) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 40. §. 5.

tritt auch **Hellfeld** aus dem Grunde bey, weil der Retrahent, sobald er erklärt hat, daß er sein Recht ausüben wolle, in die Stelle des Käufers trete, deswegen könne nun der Käufer dem Verkäufer seiner Verbindlichkeit nicht mehr entlassen. Allein die richtigere Meinung ist wohl unstreitig die Meinung derjenigen [63]), welche behaupten, daß auch der Retract, sobald der Kauf zur Perfection gekommen ist, dergestalt begründet sey, daß die Contrahenten, zum Nachtheil desselben, den Kauf nicht willkührlich wieder aufheben können. Der Retract unterscheidet sich zwar dadurch wesentlich von einem blosen Vorkaufsrechte, daß er auch noch nach erfolgter Uebergabe gegen den Käufer geltend gemacht, und die schon veräußerte Sache mittelst desselben abgefordert werden kann. Offenbar irrig aber ist es, daraus zu folgern, daß er erst durch die Uebergabe begründet werde. Der Retract ist ja ein anerkanntes stärkeres Recht, als der Vorkauf. Er würde aber ein schwächeres Recht seyn, wenn er erst durch die Consummation, und nicht schon durch die Perfection des Kaufs begründet würde. Mit Recht sagt daher **Madihn** [64]): iuris retractus auxilio non omnia solum consequi possumus, quae iuris protimiseos constituunt effectus, sed vires suas adeo extendit, ut alienationes quoque irritas faciat. Welche auffallende Inconsequenz

63) SANDE Decision. aureae Lib. III. Tit. 5. Def. 6. STRYK de Succ. ab int. Diss. VI. Cap. 4. §. 39. **Griesinger** Commentar. 3. B. §. 197. S. 748. **von Zangen** pract. Bemerkungen zur Lehre vom Abtriebsrechte Nr. XI. S. 40. und **von Bülow u. Hagemanns** pract. Erörterungen a. a. O. Not. o.

64) Diss. cit. de iure protimiseos, eiusq. a iure retract. discrimine. §. XII. nr. I. pag. 37.

sequenz würde es nicht seyn, wenn man behaupten wollte, vermöge des Retracts könne zwar eine schon geschehene Veräußerung wieder aufgehoben, aber die Vollziehung des Kaufs nicht verhindert werden? Die Gesetze gestatten freylich den Contrahenten, den unter sich abgeschlossenen Kauf bis zur erfolgten Uebergabe wieder aufzuheben, aber nur insofern es ihre eigenen Rechte und Verbindlichkeiten gilt, nicht zum Nachtheil des Rechts eines Dritten. Hier geben sie uns vielmehr die Regel: Nemo potest mutare consilium in alterius iniuriam [65]), welche Regel in dem gegenwärtigen Falle ihre vollkommene Anwendung findet [66]).

§. 997.

II. Wiederkauf, oder Rückkaufsvertrag. Unterschied desselben von dem Vorkaufe und andern Verträgen.

Ein anderer sehr gewöhnlicher Nebenvertrag des Kaufcontracts ist II. der Wiederkauf, oder Rückkaufsvertrag (*pactum de retrovendendo*). Es wird darunter derjenige Nebenvertrag verstanden, wodurch der Käufer sich verbindlich macht, die gekaufte Sache dem Verkäufer, oder desselben Erben auf Verlangen wieder zu verkaufen [67]).

Die-

65) *L. 75. D. de div. reg. iur.* Man verbinde noch damit *L. 74. D. eodem.* wo Papinian sagt: Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.

66) Man vergleiche *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad Tit. Pand. de div. reg. iur. pag. 330. edit. *Genev.* 1653. 4.

67) Von diesem Vertrage handelt sehr ausführlich *Ant.* FABER de erroríb. Pragmaticor. Decade XXII. Ausserdem sind noch zu bemerken *Io.* SCHILTER Specim. de pacto retrovenditionis, adj. EIUS *Praxi artis analyticae in iurisprud.* P. III. *Chr.* THOMASII Diss. de usu pract. accuratae distinctionis inter emtionem

Dieser Vertrag schließt also I) seiner Natur nach ein pactum de vendendo (S. 27.) in sich, von welchem er sich aber darin unterscheidet, daß er zwar in Rücksicht des künftigen Rückkaufs ein vorbereitender, in Rücksicht des ersten Kaufs hingegen ein angehängter Vertrag ist; von dem Rückkaufe selbst aber differirt er eben so, wie pactum de vendendo von dem Verkaufe selbst. Ohne einen Kauf, welchem das pactum de retrovendendo ist angehängt worden, ist aber der Rückkaufsvertrag nicht denkbar. II. Er wird zu Gunsten des Verkäufers geschlossen, und giebt ihm ein Recht, den Käufer zur Erfüllung seiner Rückverkaufsverbindlichkeit mittelst der aus dem Kaufcontracte entspringenden actio venditi anzuhalten [68]). Hierdurch unterscheidet sich dieser Vertrag a)

tionem cum pacto de retrovendendo et contractum pignoratitium. *Halae* 1707. und *Henr.* HAHN Diss. de pacto retrovenditionis. *Helmstadii* 1673. Des *Io. Ehrenfr.* MARTINI Selectae de pacto retrovenditionis observationes. *Vitemb.* 1711. sind eine von *Aug. a* LEYSER, noch als Professor der Rechte zu Wittenberg, geschriebene Dissertation, welche er nachher sehr vermehrt in seine Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. aufgenommen hat.

68) *L.* 2. *Cod. de pact. inter emtor. et venditor.* Es findet jedoch auch die actio praescriptis verbis Statt. *L.* 12. *D de praescript. verbis.* S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 17. und *Ant.* SCHULTING Enarrat part. primae Dig Lib. II. Tit. 14. §. 6. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 4. glaubt zwar, der Käufer könne sich durch Leistung des Interesse von seiner Verbindlichkeit frey machen. Allein diese Meinung ist schon oben S. 114. widerlegt worden. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 99. HAHN cit. Diss. §. 30. et 38.

de

von dem Vertrage des Vorkaufs, welcher dem Verkäufer nur unter der Bedingung, wenn der Käufer sich freywillig entschließt, die Sache einmal wieder zu verkaufen, ein Recht giebt, den Vorzug vor jedem andern Käufer zu verlangen, folglich nicht eher, als wenn dieser Fall eintritt, ausgeübt werden kann[69]). b) Von dem *pacto de retroemendo*, wodurch der Verkäufer sich verbindlich macht, die verkaufte Sache wieder zu kaufen, wenn der Käufer sie nicht behalten wolle. Dieser Vertrag wird also zu Gunsten des Käufers beygefügt, welcher vermöge desselben den Verkäufer mit der actio emti nöthigen kann, die Sache wieder käuflich zu übernehmen; statt daß es bey jenem Vertrage der Willkühr des Verkäufers überlassen ist, ob er die Sache zurückkaufen wolle, oder nicht[70]).

III) Die Wirkung des Rückkaufsvertrags a) auf Seiten des Käufers besteht darin, daß dieser zwar durch die Uebergabe der Sache nur ein widerrufliches Eigenthum erwirbt, es ist jedoch dasselbe seiner innerlichen rechtlichen Beschaffenheit und Wirkung nach ein vollkommenes und uneingeschränktes Eigenthum, welches nicht nur mit der vollkommenen Nutznießung, und freyen Disposition, sondern auch mit dem gegen jeden unbefugten dritten Besitzer

de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 39. und Westphal vom Kaufe §. 679.

69) S. Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Th. Nr. XXI. §. 4.

70) S. *Lud. God.* MADIHN Princip. Iur. Rom. P. II. §. 184. *Christ. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II §. 1066. und Christoph Christ. Dabelow Handbuch des heutigen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1305.

sitzer zustehenden Vindicationsrechte begleitet ist [71]). Daher sind auch die während seines Besitzes von ihm über die Sache gemachten Verfügungen, selbst wenn einem Dritten dadurch Realrechte auf derselben gegeben worden sind, gültig, und bleiben auch noch nach erfolgtem Rückverkaufe bey Kräften [72]). Denn durch den Act der Retrovendition wird der erste Kauf nur ex nunc resolvirt [73]). Es ist daher auch selbst die von dem Käufer geschehene Veräußerung an sich nicht ungültig, wenn gleich derselbe ausdrücklich, die Sache nicht verkaufen zu wollen, versprochen hätte [74]); sondern er ist dem Verkäufer in diesem Falle nur zur Leistung des Interesse verpflichtet [75]). Denn der Rückkaufsvertrag bewirkt b) auf Seiten des **Verkäufers** nur ein persönliches Recht, welches gegen einen Dritten, der nicht in dolo ist, noch unter der Bedingung des Rückverkaufs die Sache an sich gebracht hat, nicht ausgeübt, sondern nur gegen den Käufer und dessen Erben

71) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 26. GÜNTHER a. a. O. HOFACKER c. l.

72) Westphal vom Kaufe §. 675. Desselben Pfandrecht §. 245.

73) S. MADIHN angef. Principia iur. Rom. P. II. §. 184. und dieses Commentars 8. Th. §. 577. S. 76. f.

74) Mehrere sind zwar anderer Meinung. Allein daß das pactum de non alienando die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, ist schon oben S. 63. erwiesen worden. Mit mir stimmt Westphal vom Kaufe §. 677. überein.

75) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 8. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 17. in fin.

ben geltend gemacht werden kann [76]). Man nimmt zwar gewöhnlich noch den Fall aus, wenn der Verkäufer mit dem Käufer ausgemacht hätte, daß der Kauf für nicht geschlossen angesehen werden soll, wenn der Verkäufer dem Käufer das Kaufgeld wieder zurückgeben würde [77]). Daß auch in diesem Falle die Reivindication dem Verkäufer gegen den dritten Besitzer zustehe, hat keinen Zweifel [78]). Allein schon Anton Faber [79]) hat sehr richtig bemerkt, daß es ein von dem pacto de retrovendendo ganz verschiedener Vertrag sey, wovon die *L. 7. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. composit.* redet. Denn vermöge dieses Vertrags fällt ja das Eigenthum an den Verkäufer zurück, ohne das es eines Rückkaufs weiter bedarf. Es ist überhaupt noch die Frage, ob das pactum de retrovendendo in dem römischen Rechte wirklich gegründet sey?

76) CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Constit. I. Definit. 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 98. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 36. Schmidt Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 909. Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien 3. B. Medit. 180. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 873. Not. 3. GÜNTHER Princip. iur. Rom. T. II. §. 1066. nr. II. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 494. Anderer Meinung ist jedoch Just. Claproth in der Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge 2. Th. §. 285. S. 860.

77) CARPZOV cit. loc. Definit. 17. BERLICH Conclus. pract. P. II. Concl. 2. nr. 18. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 957. u. a. m.

78) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 40. und WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXXV. Th. 30. in fin.

79) De Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 2.

sey. Anton Faber [80]), Johann Corasius [81]) und Daniel Nettelbladt [82]) zweifeln daran nicht ohne Grund. Man hält zwar die *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compos.* für den Hauptsitz dieses Vertrags, wo der Kaiser Alexander an einen gewissen Charisius auf folgende Art rescribirt:

Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, *ut sive ipsi, sive heredes eorum emtori pretium quandocunque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur;* teque parato satisfacere conditioni dictae, heres emtori non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur: habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.

Allein man hat dagegen erinnert, daß in diesem Gesetz von keiner Ausbedingung eines Wiederkaufs, sondern von einem dem Kaufe zu Gunsten des Verkäufers angehängten Reuvertrage, den man Reukauf zu nennen pflegt, die Rede sey, welcher sich von dem erstern darin unterscheidet, daß durch denselben, wenn sich der Verkäufer seines Rechts bedient, der erste Kauf blos als Resolutivbedingung aufgehoben wird, ohne einen neuen Kauf zu schließen, wie bey jenem Vertrage geschieht. Es ist dieser Unterschied allerdings in Rücksicht der Wiedererwerbung des auf den Käufer übertragenen Eigenthums nicht ohne

80) De erroribus Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 3.

81) Miscellaneor. iuris civ. Lib. III. cap. 9.

82) Diss. de expensarum et pretii restitutione in retrovenditione. *Halae* 1776. Sect. II. cap. I. §. 20.

ohne Interesse. Eben so läßt sich auch die *L.* 1. *Cod. Quando decreto opus non est* verstehen, wo man sich auf die Worte beruft: Si probare potes, patrem pupilli, cuius tutores convenisti, consensisse, *ut reddito tibi praedio pretium reciperet*; id quod convenit, servabitur. Vorzüglich aber glaubt man noch einen Hauptbeweis in der *L.* 12. *D. de praescript. verbis* zu finden, wo Proculus sagt: Si vir uxori suae fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, *si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transscribere viro*: in factum existimo iudicium esse reddendum; idque et in aliis personis observandum. Allein *transscriberet* heißt nicht retrovenderet, sondern redderet, wie es Anton Faber [83]) richtig erklärt. Die Basiliken [84]) haben den Sinn dieser Worte so ausgedrückt: ἐξεῖναι μοι τοῖς αὐτοῖς τιμήμασι ἀναλαβεῖν αὐτὸν, i. e. *ut eum fundum eodem pretio recipere mihi liceret*. Vergleicht man mit diesen Stellen noch die *L.* 6. *D. de resc. vendit.* und *L.* 2. §. 5. *D. pro emtore*, welche von allen Auslegern einstimmig von dem Reukaufe verstanden werden, so wird man unter denselben eine große Aehnlichkeit finden [85]).

§. 998.

83) Rational. in Pand. ad h. L.

84) Tom. II. Lib. XX. Tit. 4. Const. 12. pag 503.

85) Auch das aus dem Canonischen Recht gewöhnlich citirte *Cap.* 5. *X. de emt. vendit.* redet nicht von einem wahren Wiederkaufsvertrage, sondern von einem pacto usurario. S. GONZALEZ TELLEZ in Comm. ad Decretal h. l. und ALTESERRA in Innocentio III. pag. 480. Ueberhaupt ist zu bemerken, daß in den ältern Zeiten nicht selten eine antichretische Verpfändung

§. 998.

Von der Zeit des Rückkaufs. In wie fern findet hier Verjährung Statt?

In Rücksicht der Zeit des Wiederkaufs sind folgende Fälle zu unterscheiden. I. Es ist keine gewiße Zeit bestimmt worden. Hier sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige [86]) behaupten, daß hier das Wiederkaufsrecht des Verkäufers keiner Verjährung unterworf-

dung in die Form eines auf Wiederkauf geschlossenen Verkaufs eingekleidet worden sey. Ob nun wohl zwischen einem antichretischen Pfandvertrage und einem Wiederkaufe ein wesentlicher Unterschied darin besteht, daß bey dem erstern der Schuldner Eigenthümer bleibt, bey dem letztern aber das Eigenthum auf den Käufer übergeht, so ist doch übrigens gegen die Gültigkeit eines solchen Geschäfts nichts einzuwenden, so weit solches innerhalb den Gränzen erlaubter Zinsen bleibt. S. BOEHMER Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 285. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 53. Pütter auserlesene Rechtsfälle 3. B. 3. Th. Resp. 306. nr. 13. S. 779. und Meister pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht. 1. B. Bem. 25.

86) ZOANETTUS Tr. de emt. et venditione sub pacto de retrovendendo nr. 28. FACHINAEUS Controv. iur. Lib. II. Cap. 13. WISSENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. 35. Th. 32. et 33. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 7. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 313. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de praescriptione iuris bona sub pacto de retrovendendo alienata reluendi. §. 3. in *Opuscul.* pag. 284. sqq. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIII. Th. 42. not. γ. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 20. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1961. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 542. nr. I. Höpfner Commentar über die Institutionen. §. 873. a. E.

worffen sey, sondern zu jeder Zeit ausgeübt werden könne, denn es sey als eine res merae facultatis anzusehen. Andere [87]) hingegen unterscheiden, ob sich der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten habe, die Sache zu jeder Zeit, wenn es ihm belieben würde, es sey über kurz oder lang, wieder zu kaufen, oder nicht. Nur in dem ersten Falle sey das Wiederkaufsrecht an keine Verjährungszeit gebunden; in dem letztern Falle aber müsse es binnen dreyßig Jahren ausgeübt werden. Noch andere [88]) stellen ohne Unterschied den

87) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 44. et 45. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 33. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 185. *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. II. Cap. II. membr. 6. § 38. pag. 225. und besonders *Io. Frid.* KAYSER Diss. de praescriptione pacti de retrovendendo. *Giessae 1724.* und Semler über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrage entspringenden Wiedereinlösungsrechts: in dem neuen Leipziger Magazine für Rechtsgelehrte, herausgegeben von Günther und Otto. Leipzig 1786. Nr. IV. S. 63 ff. S. 236. ff. und S. 340. ff.

88) BACHOV Notae et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXVIII. Th. 10. lit. D. *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. VII, Tit. 13. Def. 3. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib IV. Tit. 54. nr. 22. Pütter auserlesene Rechtsfälle. 3. B. 3. Th. Resp. CCCXI. nr. 23. ff. Herrmann Becker Rechtliche Gedanken über die Stelle in dem Schaumburgischen Compendio iuris Dig. Tit. de contrah. emt. vendit. §. 20. darin selbiger den Satz zu behaupten sucht, daß das dem Verkäufer in einem pacto de retrovendendo indefinite inito vorbehaltene Wiedereinlösungsrecht durch den Nichtgebrauch von 30 Jahren nicht verlohren gehe. Greifswalde 1787. 4. *David* SCHLÜTER Diss. de iure reluitionis ex pacto de retrovendendo competente, praescriptioni obnoxio. *Gott. 1783.* §. 24. *Wilh. Ferd.* L. B. BACHOV *ab* ECHT Exercit. de iustitia praescriptionis

den Grundsatz auf, wenn gar keine Zeit bestimmt worden, so daure die Zeit des Rückkaufs nicht über dreyßig Jahre, wenn sich auch der Verkäufer den Wiederkauf auf immer ausbedungen hätte. Jedoch sind diese wieder in Ansehung des terminus a quo sehr verschiedener Meinung. Einige [89]) rechnen den Anfang der Verjährung von der Zeit des geschlossenen Contracts, andere [90]) von der Zeit der Uebergabe der verkauften Sache, und noch andere [91]) erst von dem Augenblick an, da der Verkäufer, unter Anbietung des Preises, den Käufer zum Rückverkauf vergebens aufgefordert hat. Ich habe mich über diese streitige Rechtsfrage schon bey einer andern Gelegenheit [92]) für die oben

nis circa bona sub pacto retrovenditionis alienata. *Ienae* 1730. Sect. II. §. 15. sqq. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 10. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen Röm. deutschen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1305. *Henr. God.* BAUER Commentat. ius retroemendi indefinite concessum tempore longissimo praescribi. *Lipsiae* 1762: in Desselben Responsor. iur. Vol. II. *Lipsiae* 1801. 8. Resp. XLVIII. pag. 1. sqq. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 873. Not. 7. S. 931. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1066. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 494. Not. d.

89) *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. (*Groening.* 1737. 4. Diss. III. §. 85. MENCKEN Doctr. de action. for. p. 225. §. 38.

90) *Otto Dav. Henr.* BECMANN Diss. de feudo emto sub pacto de retrovendendo. *Halae* 1768. §. 6. not. pag 9.

91) Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. § 43. S. 124. und Desselben Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 1034. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 169. S. 245. und Planck Lehre von der Verjährung. Göttingen 1809. 8. §. 20. S. 257.

92) S. den 1. Theil dieses Commentars §. 15. S. 115.

oben angeführte zweyte Meinung erklärt, und es ist hier nur noch nöthig, die Beweise für dieselbe hinzuzufügen. 1) Daß die Wiederkaufsbefugniß in dem Falle, da sich der Verkäufer vorbehalten hat, die verkaufte Sache zu jeder Zeit, wenn es ihm gefallen würde, wieder zu kaufen, als eine res merae facultatis anzusehen, und daher keiner Verjährung unterworffen sey, leidet an sich keinen Zweifel. Denn wenn auch der Verkäufer das ihm aus dem Wiederkäufsvertrage zustehende Recht erst nach dreyßig und mehreren Jahren geltend macht, so kann ihm doch eine extinctive Verjährung darum nicht entgegenstehen, weil diese nur als poena negligentiae wirken, mithin, wo diese mangelt, auch gar nicht Statt haben kann. Nun hat hier der Verkäufer die Ausübung seines Rechts ganz ausdrücklich seiner freien Willkühr vorbehalten; die bisherige Unterlassung derselben beruhete also auf vertragsmäßiger Uebereinkunft, und die Unverjährbarkeit dieses Rechts ist als eine Bedingung des ganzen Geschäfts anzusehen. Zwar wenden diejenigen Rechtsgelehrten, welche auch in diesem Falle die Dauer der Wiederkaufsbefugniß nur auf eine Zeit von dreyßig Jahren beschränken, hiergegen ein, daß ein Verzicht auf die Ausflucht der Verjährung nicht gültig geleistet werden könne, weil die Verjährung der Klagen zum allgemeinen Besten eingeführt worden sey, nämlich ne lites sint aeternae [93]). Sie könne also nach der Regel des **Papinian**: *ius publicum priva-*

93) S. **Beckers** angef. rechtliche Gedanken. RAVE Doctr. de praescript. §. 167. **Dabelow** über die Verjährung 2. Th. Anh. §. 3. S. 377. f.

privatorum pactis mutari non potest [94]), durch Vertrag nicht aufgehoben werden. Allein dieser Einwand ist offenbar nichtig. Ist es erlaubt auf den Andern ein Recht wiederruflich zu übertragen, und sich den Wiederkauf zu jeder Zeit, quandocunque libuerit, auszubedingen, so muß es auch erlaubt seyn, auf die Verjährung eines Rechts Verzicht zu thun. Jenes bestätigt *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et vend. composit.* Letzteres die *L.* 31. §. 22. *D. de aedilit. edicto*, wo Ulpian sagt: Si convenerit, ut *in perpetuum* redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere. Die Worte *in perpetuum* drücken aber nach den Gesetzen der Pandecten um so gewisser einen Zeitraum von ewiger Dauer aus [95]), da der Zeitraum von dreyßig Jahren erst durch das Recht des Codex für die actiones perpetuae bestimmt worden ist [96]). Andere [97]) hingegen räumen zwar ein, daß kein Gesetz der Entsagung der Präscription entgegenstehe, weil selbst der Zweck derselben lehre, daß sie in utilitatem privatorum eingeführt sey, mithin die Regel eintrete, nach welcher es einem Jeden erlaubt ist, sich seines Rechts zu begeben [98]). Allein sie

94) *L. 38. D. de pact.*

95) *Princip. I. de perpetuis et tempor. action. L. 21. §. 1. D. Quod metus causa.*

96) *L. 3. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor.* S. *Aug. Frid.* GREEN Progr. de renunciatione praescriptionis. *Lipsiae* 1777. EICHMANN ad *Ravii* doctr. de praescript. §. 167. not. t. pag. 385. sqq. und Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 2. S. 65.

97) S. SCHLÜTER Diss. cit. de iure reluition. ex pacto de retrovend. competente, praescriptioni obnoxio. §. 18. et 19.

98) *L. 29. Cod. de pact.*

sie läugnen, daß die Ausdrücke zu jeder Zeit, wenn es dem Verkäufer gefallen wird, über kurz oder lang, zu ewigen Zeiten, einen Verzicht auf die Verjährung enthalten, wenn dieser nicht ausdrücklich geleistet worden ist. Man sagt, solche generelle Zeitausdrücke, welche von den Contrahenten bey der Schließung des Wiederkaufsvertrags gebraucht worden, dürften im Zweifel nicht über den gesetzlich bestimmten Zeitraum von dreyßig Jahren ausgedehnt werden [99]). Denn man müsse immer vermuthen, daß die Paciscenten sich an die Gesetze hätten binden wollen [100]). Allein diese Meinung ist eben so ungegründet, als die erstere. Es ist vielmehr eine Regel, welche die Gesetze bey der Erklärung der Contracte bestätiget haben, daß die Worte der Contrahenten, immer ihrer Intention gemäß, in derjenigen Bedeutung genommen werden müssen, welche ihnen der allgemeine Sprachgebrauch beylegt [1]). Denn daß sich die Contrahenten vielmehr nach dem gemeinen teutschen, als nach dem ihnen vielleicht ganz unbekannt gewesenen römischen Sprachgebrauche werden gerichtet haben, ist wohl nach der Vernunft und nach rechtlicher Vermuthung anzunehmen. Nun aber bedeuten jene allgemein abgefaßten Zeitausdrücke nach dem in gemeinem Leben angenommenen, und allgemein bekannten Redegebrauche einen seinem Anfange und Ablaufe nach uneingeschränkten Aus-

 übungs-

99) Arg. *L. 7. §. 16. L. 28. D. de pact. L. 55. L. 112. §. 4. D. de Legat. 1.*

100) *L. 54. §. 1. D. Locati.*

1) *L. 34. D. de div. reg. iur.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 945. nr. I.

übungszeitraum, mit welchem sich die rechtliche Idee einer Verjährung, als welche ihrem Wesen nach einen terminus a quo und ad quem erfordert, schlechterdings nicht vereinigen läßt. Sollen nun also jene Ausdrücke nicht ohne Bedeutung seyn, und als ganz überflüßig erscheinen, so müssen sie von Seiten der Contrahenten nothwendig eine stillschweigende Entsagung des sonst nach den Gesetzen eintretenden Verjährungsvortheils, nach der muthmaßlichen Absicht derselben, zur begleitenden Folge haben, welche nach der Regel: *taciti eadem, quae expressi in conventionibus vis est*, mit einer ausdrücklichen Verjährungsentsagung um so mehr von gleicher Wirkung seyn muß, je weniger die Gesetze zur Ausschließung der Verjährung eine ausdrückliche Entsagung erfordern [2]).

2) Hat hingegen der Verkäufer die Ausübung des sich ausbedungenen Wiederkaufsrechts nicht gerade durch Beyfügung jener allgemeinen Zeitausdrücke von seiner Willkühr abhängig gemacht, so ist sein Recht der dreyßigjährigen Verjährung unterworfen, wenn keine Zeitbestimmung hinzugefügt worden ist. Denn der Verkäufer muß sein Recht mittelst der actio venditi verfolgen, und diese wird in dreyßig Jahren präscribirt. Hier ist nun aber der Anfang der Verjährung noch näher zu bestimmen. Da dieser mit der Entstehungszeit der zu verjährenden Klage coincidirt, nach der bekannten Rechtsregel: actione nondum natae non currit praescriptio; so entsteht die Frage, welche Voraussetzung erfordert werde, um sagen zu können,

2) Man sehe hier vorzüglich Semmlers oben angeführte Abhandl. in dem neuen Leipziger Magazin auf das Jahr 1786. S. 236. ff.

nen, daß actio nata sey? Hier ist nun a) soviel ausser Zweifel, daß von einer Klage auf Erfüllung des geschlossenen Wiederkaufsvertrags wohl nicht eher die Rede seyn könne, als wenn der Hauptkaufcontract, dem dieser Vertrag angehängt worden, durch die Uebergabe schon vollzogen worden ist. Denn eher ist schuldige Erfüllung einer Wiederverkaufsverbindlichkeit gar nicht denkbar. Es läßt sich daher schlechterdings nicht rechtfertigen, wenn Toullieu [3]) sagt: nascitur statim a perfecto contractu; und wenn Mencken [4]) auf gleiche Art lehrt, Terminus *a quo* a tempore *initi pacti* computatur. Eben so wenig kann ich aber auch denen beypflichten, welche den Anfang der Verjährung erst von der Zeit an rechnen, da der Käufer dem Verkäufer die Sache gegen den angebotenen Preis zurückzugeben sich weigerte. Man geht hier von einem Grundsatz aus, den zwar mehrere [5]) behaupten wollen, nämlich daß Verbindlichkeiten, welche unaufgefordert nicht geleistet werden dürfen, zuerst von dem Berechtigten vergeblich gefordert worden seyn müßten, ehe die Verjährung anfangen könne; welchen ich aber für ganz ungegründet halte. Die actio ist vielmehr nata, sobald die Erfüllung der Verbindlichkeit gefordert werden kann,

3) Collectan. iuris civ. Diff. III. §. 85. pag. 158.

4) Introd. in doctr. de action. pag. 225. §. 38.

5) Thibaut über Besitz u. Verjährung 2. Th. §. 43. Pfeiffer vermischte Aufsätze über Gegenstände des teutschen und römischen Privatrechts (Marburg 1803.) S. 305. und *Christ. Ern.* Weiss Diff. de interitu iurium per non usum, iuncta quaestione de genuina praescriptionis acquisitione et extinctivae indole (*Lipsiae* 1810.) Cap. I. §. 8.

kann, (si dies cessit et venit)[6]); und von diesem Augenblick an nimmt auch die extinctive Verjährung ihren Anfang. Dieß ist, wie ich glaube, in den Worten der *L. 3. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor.* Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, *ex quo iure competere coeperunt;* vivendi ulterius non habeant facultatem, und der *L. 1. §. 1. Cod. de annali except.* Sed ex quo *ab initio* competit, *et semel nata est*, post memoratum tempus finiri, deutlich genug ausgesprochen, und vom Herrn Prof. **Weber**[7]) überzeugend dargethan worden. Man gehe das ganze corpus iuris Romani durch, man vergleiche alle Gesetzstellen, welche von der Verjährung der einzelnen Klagen handeln; und man wird auch nicht eine einzige finden, welche den Satz begünstigte, daß die Verjährung erst von der Zeit an ihren Lauf beginne, da der Verpflichtete sich weigerte, das Recht des Klägers gelten zu lassen. Sie nehmen vielmehr durchgehends zum Anfang der extinctiven Verjährung den Zeitpunct an, da ein Recht zu klagen vorhanden ist. Ist nun die Verbindlichkeit des Beklagten von der Art, daß dieselbe eine positive Handlung in sich faßt, deren Leistung dergestalt von der Willkühr des Berechtigten abhängt, daß dieser, ehe sie geschehen kann, vorher seinen Willen erklären muß, von welcher Art die Rückverkaufsverbindlichkeit des Käufers ist; so verjährt das Klagerecht, wenn sich der Berechtigte seines Rechts nicht

6) *L. 213. D. de Verbor. Signif.*

7) Zu **Höpfners** Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1182. Not. 3. Man sehe auch **Rupprecht** Lehre von der Verjährung (**Würzburg** 1805.) §. 43.

nicht in der vorgeschriebenen Zeit bediente, ohne daß eine Aufforderung an den Verpflichteten vorauszugehen brauchte, von dem Tage an, da er sein Recht ausüben konnte. Dieß konnte aber der Verkäufer in dem Falle, da zur Ausübung der Rückkaufsbefugniß keine Zeit bestimmt worden, von dem Tage des durch die Uebergabe vollzogenen Kaufs an, mit jedem Augenblick ausüben. Es war mithin auch, wenn allenfalls der Käufer den Rückverkauf verweigern sollte, die actio venditi begründet. Der Käufer wird sich also mit Recht auf die Verjährung berufen können, wenn der Verkäufer binnen der gesetzlichen Verjährungszeit von 30. Jahren keinen Gebrauch von seiner Befugniß gemacht hat. Zwar meint Hellfeld, daß nach dem Canonischen Rechte, welches auch zur extinctiven Verjährung der persönlichen Klagen die bona fides erfordere, der Käufer sich mit der Einrede der Verjährung nicht werde schützen können, weil ihm der Verkäufer die Replik entgegensetzen könne, daß der Käufer, der seine Verbindlichkeit zum Rückverkauf gekannt habe, in mala fide gewesen sey. Allein das Canonische Recht kann hier keine Anwendung finden. Denn moralisch unrechtlich handelt nur derjenige, der eine gültig übernommene Verbindlichkeit, aus dem Seinigen etwas zu leisten, wissentlich unerfüllt läßt [8]). Nun kann hier der Käufer keiner unredlichen Entziehung seiner Verbindlichkeit beschuldiget werden. Denn kein Gesetz forderte ihn auf, seine Verbindlichkeit unverlangt zu erfüllen; er müßte vielmehr erst erwarten, ob der Verkäufer von seinem Rechte

8) S. Pfeiffers angef. vermischte Aufsätze S. 359. und WEISS in der angef. Dissertation Cap. II. §. 23. S. 70. ff.

Rechte Gebrauch machen, und ihn als verpflichtet ansprechen werde. Da also dem Käufer hier keine Unredlichkeit zur Last fällt; so läßt sich auch selbst nach dem Canonischen Recht der unbedingte Verlust des Klagerechts, den nach dem Civilrecht ein dreyßigjähriges Stillschweigen des Verkäufers zur unausbleiblichen Folge hat, vollkommen rechtfertigen [9]).

II. Ist in dem Vertrage ein gewißer Wiederkaufszeitpunct verabredet worden, so sind wieder zwey Fälle zu unterscheiden. a) Es ist dieser Zeitpunct als ein terminus a quo bestimmt worden, nach dessen Eintritt erst das Wiederkaufsrecht soll ausgeübt werden können. Z. B. der Verkäufer behält sich vor, daß wenn er nach 10. Jahren Lust haben sollte, das verkaufte Grundstück wieder an sich zu bringen, der Käufer ihm solches wieder zu verkaufen, verpflichtet seyn solle [10]). Hier ist die bedungene Wiederkaufsbefugniß, so lange dieser Zeitpunct noch nicht eingetreten ist, ein ihrer Wirkung nach ruhendes Recht, und kann vor Ablauf desselben nicht ausgeübt werden [11]). Erst mit dem Ablaufe des letzten Tages dieses

9) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1182. Not. 2. und Rupprecht Lehre von der Verjährung §. 72. Anmerk. S. 31. ff. Man vergleiche auch Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Resp. 68. nr. 10. S. 534.

10) Eben dahin rechnet man auch die Worte: auf 10. Jahre lang wiederkäuflich. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 42.

11) *L. 44. §. 1. D. de obligat. et act.* *Ex die* incipit obligatio, cuius natura haec est, ut *ante diem* non exigatur.

ses Zeitpuncts erwacht dieselbe, und kann von da an dreyßig Jahre lang ausgeübt werden, ehe sie durch Verjährung erlischt, wofern nicht etwa verabredet worden, daß sie dem Verkäufer nun und zu ewigen Zeiten zustehen solle [12]). b) Der Wiederkaufszeitpunct ist als ein terminus ad quem bestimmt, z. B. binnen zehen Jahren. Die rechtliche Wirkung dieser Zeitbestimmung besteht darin, daß der Verkäufer die ihm zugestandene Wiederkaufsbefugniß nothwendig vor Ablauf des bestimmten Zeitpuncts gegen den Käufer geltend machen muß, weil sie mit dem Ablauf desselben erlischt [13]). Der Käufer erhält also nunmehr ein immerwährendes und unwiederrufliches Recht an der ihm Anfangs nur wiederkäuflich überlassenen Sache, vermöge dessen er jetzt zu keiner weiteren Abtretung der Sache verbunden ist. Hat sich jedoch der Verkäufer seines Wiederkaufsrechts binnen der vertragsmäßig bestimmten Zeit durch Anerbietung des Preises bedient, der Käufer aber

12) *L.* 1. §. 1. *Cod. de annali exceptione.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 49. MENCKEN Doctr. de act. forens. pag. 226. §. 38. lit. b. und Semler Abh. über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrage entspringenden Wiedereinlösungsrechts §. 6 (in dem neuen Leipz. Magazin für Rechtsgelehrte auf das Jahr 1786. S. 256. ff.) Es ist übrigens eine irrige Meinung, wenn einige behaupten, daß der Verkäufer sich seines Wiederkaufsrechts gleich nach dem eingetretenen Termin bedienen müsse, weil sonst der einmal abgelaufene Eintrittszeitpunct wieder von neuem zu laufen anfange, welche schon LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 8. wiederlegt hat.

13) Arg. *L.* 27. §. 1. *D. de pactis.* STRYK c. l. §. 48. und Semmler angef. Abhandlung §. 7. in dem Leipz. Magazine S. 259. ff.

aber sich geweigert, die Sache dem Verkäufer wieder käuflich abzutreten, so kann nach dem Römischen Recht der Verkäufer nun binnen 30. Jahren sein Recht mit der actio venditi gegen den Käufer geltend machen [14]). Allein da der Verpflichtete durch die Aufforderung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit unstreitig in malam fidem versetzt wird [15]); so kann dem Käufer nach dem Canonischen Rechte gar keine Verjährung weiter zu statten kommen.

§. 999.

Wiederkaufspreis.

Der Wiederkauf muß, wie jeder Kauf, für einen bestimmten Preis geschehen [16]). Dieser ist nun entweder schon in dem Vertrage festgesetzt, oder nicht. In dem ersten Falle bleibt es dabey, wofern nur, wie Hellfeld bemerkt, kein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen liegt [17]). Ausserdem kann der einmal bestimmte Preis weder erhöhet noch vermindert werden, wenn auch gleich der Werth der verkauften Sache unterdessen gestiegen, oder gefallen seyn sollte [18]), wofern nur die Deterioration nicht durch die Schuld

14) S. MENCKEN in doctr. cit. pag. 226. lit. a. und MADIHN ad *Eundem* not. 648.

15) *Mala* enim *fides*, sagt *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 635 descendit ex scientia debiti, quod *monitus* alteri non praestat. Man sehe auch von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Band Erört. 38.

16) S. *Gottl.* WERNSDORF Progr. I. et II. de pretio retrovenditionis. *Vitemb.* 1795.

17) *Cap.* 5. *X. h. t.* *Cap.* 4. *X. de pignor.* Reichs-Policey-Ordn. vom J. 1548. Tit. 17. §. 1. u. 7.

18) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 10.

Schuld des Käufers entstanden ist. Denn wenn gleich der Käufer in der Zwischenzeit seines Besitzes wahrer Eigenthümer ist, und ein Eigenthümer über seine Sache nach Gefallen disponiren kann; so ist er dennoch den mit Vorsatz oder durch seine verantwortliche Schuld verursachten Schaden darum zu vergüten schuldig, weil er nur ein wiederrufliches Eigenthum hat, und daher als ein debitor speciei zu betrachten ist. Der Grad der zu ververtretenden Culpa ist übrigens der nämliche, welcher beym Kaufcontract überhaupt zu prästiren ist [19]). Ist der Werth der Sache durch zufällige Deterioration vermindert worden, so behaupten zwar viele [20]), daß auch hier nicht der ganze Preis wieder zu bezahlen sey, sondern nur derjenige Theil desselben, den die Sache jetzt noch nach erlittener Deterioration werth ist, weil der Käufer, als interimistischer Eigenthümer, auch den Zufall tragen müsse. Allein ist der Preis, für welchen die Sache zurückverkauft werden soll, einmal bestimmt, so hat der Käufer keine andere Verbindlichkeit übernommen, als die, daß er die Sache für den bestimmten Preis dem Verkäufer zurückgebe. Will der Verkäufer diesen Preis nicht bezahlen, so steht ihm die exceptio non adimpleti contractus entgegen, und der Käufer ist nicht verbunden, ihm die Sache anders zurückzugeben, als wenn er den bestimmten Preis bezahlt [21]). Man kann auch

19) S. *Dan.* NETTELBLADT Diss. de expensarum et pretii restitutione in retrovenditione. *Halae* 1776. Cap. IV. §. 48.

20) *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 185. NETTELBLADT cit. Diss. §. 47.

21) MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 394. pag. 20. not. a.

auch sagen, daß der Verkäufer wegen dieser schon zum voraus geschehenen Schätzung, zugleich stillschweigend die Gefahr, daß die Sache den ihr jetzt beygelegten Werth in der Folge verlieren könne, übernommen habe [22]). Ist hingegen der Wiederkaufspreis nicht schon zum voraus im Vertrage bestimmt worden, so nimmt man zwar gewöhnlich an, der Wiederkäufer sey im Zweifel nur zur Restitution des empfangenen Preises verpflichtet [23]). Allein da der Wiederkauf ein neuer Kauf ist [24]), so ist der Wiederkäufer vielmehr denjenigen Preis zu bezahlen schuldig, den die Sache gegenwärtig zur Zeit des wirklich vorzunehmenden Wiederkaufs hat, und dieser ist von verpflichteten Taxatoren zu bestimmen, wenn sich die Partheyen selbst darüber nicht vereinigen können [25]). Da hier

22) Arg. *L.* 5. §. 3. *D. Commodati.* Man sehe *Otto Dav. Henr.* BECMANN Diss. de feudo emto sub pacto de retrovendendo Cap. I. §. 8. in nota.

23) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. III. §. 7. PUFENDORF Observat iuris univ. Tom. II. Obs. 75. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II §. 542. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1961. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1066. nr. IV. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 957.

24) S. BECMANN cit Diss. Cap I. §. 15.

25) *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 54. nr 17. BERLICH Conclus. pract P. II. Concl 2. nr. 39. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 9. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs 326. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect III Cap. IV. Membr. IV. Subsect. 2. §. 32. p. 621. NETTELBLADT cit. Diss. §. 42. et 43. SCHAUMBURG

höher die Sache nach ihrem gegenwärtigen Werth taxirt wird, den sie zur Zeit des Wiederkaufs hat, so werden bey der Taxation auch zugleich die Verwendungen in Anschlag gebracht, die in der Zwischenzeit von dem Käufer gemacht worden sind, und wodurch die Sache verbessert worden ist. Es kann also hier über diese Verwendungen keine Schwierigkeit entstehen. Wenn hingegen der Wiederkauf für einen gleich anfangs bestimmten Preis, oder gegen Zurückgabe des empfangenen Preises geschieht, so ist wegen der auf die Sache verwandten Unkosten ein Unterschied zu machen, a) ob sie durch die Schuld des Käufers veranlaßt worden sind. Hier kann der Käufer deren wegen keine Vergütung fordern [26]). Sind hingegen b) ohne eigenes Verschulden des Käufers Kosten zur Erhaltung oder Verbesserung der Sache verwendet worden, so müssen diese, so weit sie noch vorhanden sind, dem Käufer vergütet werden [27]). Eben dieses gilt auch von denjenigen Ko-

BURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 21. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 185. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 495. Griesinger Commentar über das Wirtemb. Landrecht 1. Band §. 172. S. 609. f. Not z. und MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 393.

26) GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov. Tom. II. §. 1066. Nr. VI.

27) *Frid.* BALEMANN Diss. de iure meliorationum competente emtori ex pacto revendenti. *Argent.* 1674. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 64. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. § 957. Zwar läugnet LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCI. medit. 13. daß impensae necessariae vergütet werden dürften; allein man sehe *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 34. pag. 650. sqq. Bestehen freylich die impen-

Kosten, welche zur Wiederherstellung eines durch zufällig entstandene Feuersbrunst zerstörten Gebäudes verursacht worden sind. Denn der Käufer war nicht schuldig, diese Kosten aufzuwenden, sondern der Verkäufer hätte sich's müssen gefallen lassen, wenn ihm der Käufer die Sache in dem Zustande, in welchem sie durch den entstandenen Zufall gerathen ist, zurückgegeben hätte [28]). Er war, als debitor speciei, durch den zufälligen Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit befreit. Er hat daher durch die Wiederherstellung des Gebäudes auf seine Kosten, unstreitig die Sache meliorirt [29]). Zwar darf der Preis, der einmal in dem Wiederkaufsvertrage bestimmt ist, gegen den Willen des Wiederkäufers nicht erhöhet werden; allein es ist auch die Vergütung der Meliorationskosten für keine Erhöhung des Kaufpreises zu halten, noch zu behaupten, daß die Contrahenten durch die Bestimmung des Rückkaufspreises die Meinung erklärt hätten, daß ausserdem nichts

impensae necessariae in bloßen Reallasten, die auf der Sache haften, so muß diese der Käufer tragen, und kann dieser wegen keinen Ersatz fordern. Denn diese muß jeder Käufer von der Zeit an übernehmen, da ihm die Früchte der Sache gehören. Nam onera sequuntur eum, penes quem sunt commoda. *L.* 10. *D. de div. reg. iur.* S. NETTELBLADT cit. Diss. §. 29. et 30. und MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. II. Fasc. II. Obs. 394. pag. 17. Allein anders verhält sich's mit denjenigen Kosten, wodurch die Sache von der Gefahr eines ihr bevorgestandenen nahen Untergangs befreiet worden ist.

28) S. BECMANN cit. Diss. Cap. I. §. 8.

29) *Frid.* BEHMERI nov. ius controv. Tom. II. Obs. 134. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXCI. medit. 15.

nichts bezahlt werden sollte [30]). Nettelbladt [31]) ist zwar der Meinung, daß der Wiederkäufer zur Erstattung der Kosten nicht verbunden sey, welche der Käufer auf die Wiederherstellung einer durch Brand oder Krieg zerstörten Sache verwendet hat, sondern der Käufer diese Kosten darum tragen müsse, weil dieser sonst gegen die Regel: casum sentit dominus, gar keinen Schaden leiden würde. Allein diesem Einwurfe ist schon oben begegnet worden. Wäre freylich das unter dem Wiederkaufsvertrage veräusserte Haus durch den Zufall ganz von Grund aus zerstört worden, und der Käufer hätte das Haus von neuem wieder aufgebauet; so würde von einer Vergütung der Meliorationskosten keine Frage mehr seyn können, weil dann der Gegenstand, welcher sub pacto de retrovendendo verkauft worden ist, nicht mehr existirt, das Recht des Verkäufers aber, als ein bloses persönliches Recht, sich soweit nicht erstreckt, um das von dem Käufer erbauete neue Haus in Anspruch nehmen zu können [32]). Der Käufer muß übrigens die Sache mit allem Zubehör herausgeben. Es gehören also auch eigentlich die noch zu der Zeit hangenden Früchte dem Wiederkäufer. Denn sie machen einen Theil des Grundstücks aus, und der Käufer erhielt sie auch bey dem ersten Kaufe. Es muß also auch bey dem Rückkaufe das Nämliche Rechtens seyn [33]).

Man

30) S. NETTELBLADT cit. Diss. §. 46.

31) Cit. Diss. §. 32.

32) S. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 394. pag. 17. sqq.

33) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 43. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1066. nr. V.

Man pflegt sie jedoch, wiewohl nach einer unrichtigen Anwendung der *L.* 7. §. 1. *D. Soluto matrim.* heut zu Tage zwischen dem Käufer und dem Wiederkäufer zu theilen [34]).

§. 1000.

Reuvertrag. Vorbehalt des Eigenthums oder einer Hypothek.

Zum Vortheil beyder Contrahenten kann dem Kaufcontract III. auch der **Reuvertrag**, *pactum displicentiae*, angehängt werden. Es wird darunter derjenige Nebenvertrag verstanden, wodurch sich einer der Contrahenten die Freyheit vorbehält, von dem Kaufe wieder abgehen zu dürfen, wenn ihn der Handel gereuen sollte. Dieser Vertrag kann also I. sowohl zum Besten des Käufers, als Verkäufers geschlossen werden. II. Er hat die Wirkung einer resolutiven Bedingung. Wird er geltend gemacht, so giebt ein Jeder dem Andern das Seinige zurück, als ob gar kein Kauf geschlossen worden wäre. Si res ita distracta sit, sagt *L.* 3. *D. h. t.* ut si displicuisset, inemta sit, constat, non esse sub conditione distractam, *sed resolvi emtionem sub conditione.* Man unterscheide also davon denjenigen Vertrag, wodurch verabredet wird, daß der Kauf nur dann erst für vollkommen abgeschlossen gehalten werden solle, wenn sich der Käufer binnen einer bestimmten Zeit erklären würde, daß er mit dem Handel zufrieden sey. Hiervon redet §. 4. *I. h. t.* wo es heißt: Emtio tam sub conditione, quam

34) BERLICH Conclus. pract. P. II. Concl. 2. nr. 69. CARPZOV Iurisprud. for. P. II. Const. 1. Def. 20. nr. 5. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 8. not. 3. und Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 957.

quam pure contrahi potest. Sub conditione, veluti: *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureis tot.* Der Kauf wird hier unter einer suspensiven Bedingung geschlossen, welche es dem Käufer zur Pflicht macht, sich binnen der bestimmten Zeit über den Handel zu erklären. Vor Ablauf dieser Zeit ist zwar der Verkäufer seiner Seits an den Handel gebunden. Erklärt sich jedoch der Käufer binnen der bestimmten Zeit nicht, so ist nach Ablauf derselben keiner von beyden Theilen weiter verpflichtet oder berechtiget [35]. Bey dem angehängten Reuvertrage hingegen ist der Kauf sogleich vollkommen gültig. Denn er ist vor der Reue ein unbedingter Handel. Er wird aber resolvirt, wenn derjenige Contrahent, der sich das Reurecht vorbehalten hat, seine Gesinnung ändert [36]. III. Ist eine gewisse Zeit bestimmt, so muß das Reurecht binnen derselben ausgeübt werden, und findet nach Ablauf derselben nicht mehr Statt. Ist aber keine Zeit bestimmt, so muß es binnen der gesetzlichen Frist von 60 Tagen oder zwey Monaten ausgeübt werden, welche utiliter gerechnet wird; jedoch kann auch verabredet werden, daß es zu ewigen Zeiten demjenigen zustehen solle, der sich dasselbe vorbehalten hat. Ulpian sagt *L.* 31. §. 22. *D. de aedilit. edicto*: Si quid ita venierit, *ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur*, ea conventio rata habetur: si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio *inter*

35) S. VINNIUS Comm. ad §. 4. I. h. t. nr. 1. *Ian. a* COSTA et MARCILIUS ad eund. §. Institut. Westphal vom Kaufe §. 639.

36) Westphal vom Kaufe §. 685.

tra sexaginta dies utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non: si vero convenerit, ut *in perpetuum* redhibitio fiat, puto, hanc conventionem valere. IV. Die Zurückgabe des Seinigen kann diesem Vertrage zu Folge jeder Theil a) mit der aus dem Contract entspringenden Klage, also mit der *actio emti* oder *venditi* fordern, je nachdem der Vertrag entweder zum Besten des Käufers oder des Verkäufers ist beygefügt worden. Es findet aber auch b) die *actio in factum praescriptis verbis* [37]) Statt, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 6.

37) Der Grund, warum auch diese Klage gegeben wird, da sonst die *actio praescriptis verbis* nur da Statt findet, wo eine andere ordentliche Klage mangelt (*L. 1. pr. L. 2. L. 21. D. de praescript. verbis*), ist folgender. Es war ehemals ein Streit unter den Sabinianern und Proculianern über die Frage, ob mit der actio ex contractu auch auf die Aufhebung des Contracts geklagt werden könne, wenn demselben ein Resolutiv-Vertrag wäre angehängt worden. Die Sabinianer waren der bejahenden Meinung, weil auch ein solcher Vertrag, wenn er nur einem bonae fidei Contracte sogleich bey dessen Abschliessung wäre beygefügt worden, in dem Contract begriffen, und als ein Theil desselben anzusehen sey, wie aus *L. 6. §. 1. D. h. t.* und *L. 6. D. de rescind. vendit.* erhellet. Julian, der auch zur Secte der Sabinianer gehörte, stellt daher *L. 11. § 6. D. de act. emti et venditi* die Regel auf: utilem esse actionem ex emto etiam ad distrahendam emtionem. Die Proculianer hingegen waren der entgegengesetzten Meinung, weil die Klage aus dem Contract zur Festhaltung desselben, nicht aber zur Vernichtung des Contracts eingeführt sey. Sie hielten daher die actio in factum praescriptis verbis für schicklicher. S. *L. 12. D. de praescript. verb.* welche aus des Proculus *lib. XI. Epistolarum* genommen ist. Diese letztere Meinung scheint in der Praxis den Vorzug

L. 6. D. de rescind. vendit. Si convenit, *ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur*, ex emto actio est, ut SABINUS putat, aut proxima emti in factum datur. Ist der Vertrag zum Besten des Käufers angehängt worden, so kann sich derselbe c) auch der Redhibitorischen Klage bedienen, weil die Aedilen diesen Vertrag unter andern mit zu einem Gegenstand, ihres Edicts gemacht hatten [38]. Alle diese Klagen sind zwar, wenn in dem Reuvertrage über die Zeit der Ausübungsbefugniß nichts bestimmt worden, in die kurze Dauer einer zweymonatlichen oder sechzigtägigen Frist,

 be-

zug erhalten zu haben, bis endlich durch ein Rescript der Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla *L. 4. pr. D. de lege commissor.* auch die Meinung der Sabinianer bestätiget wurde; so daß nun die eine Klage so gut, wie die andere gebraucht werden kann. *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. composit.* Man vergleiche *Em.* MERILLIUS Observation Lib. III. cap. 8. et Variant. ex Cujacio Lib. II. cap 6. *Ian. a* COSTA Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. III. Tit. 21. pag. 516. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. IV. cap. 3. nr. 9 — 12. (in *Ger.* MEERMAN *Thes. iur. civ. et canon.* Tom VI. pag. 163.) *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. XI. (*Oper.* Tom. I. p. 510. §. *Sed liquet.*) *Gottfr.* MASCOV Diatr. de Sectis Sabinian. et Proculianor. Cap. IX §. XI. pag. 190. und *Io. Guil. van.* MUSSCHENBROEK Specim. de lege commissoria in pignore. Cap. I. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 642. sqq.)

38) S. *Guil.* RANCHINI Edictum perpetuum restitutum Lib. XXI. Tit. I. § 12. (in *Thes. Meerman* Tom. III. pag. 249.) und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. Lib. XXI. Tit. 1. §. *Tertia causa.* pag. 456. in fin. et sq.

beschränkt.[39]), jedoch soll die Klage zuweilen auch noch nach Ablauf dieser Frist Gehör finden, wenn der Kläger eine gerechte Ursache erweisen kann, welche ihn hinderte, sein Reurecht binnen der gesetzlichen Frist auszuüben[40]). Ausser der bereits oben angeführten *L.* 31. §. 22. *D. de aedilit.*

39) Mehrere Rechtsgelehrten sind zwar der Meinung, daß in dem Falle, da keine Zeit in dem Reuvertrage bestimmt worden, actione ex contractu 30. Jahre lang geklagt werden könne. STRUV Synt. iur. civ. T. II. Exercit. XXVII. Th. 12. STRYK de actionib. forens. Sect. I. Membr. VI. §. 16. et 19. *de* COCCEJI iur. civ. contr. T. II. Lib. XXI. Tit. 1. Qu. 6. Westphal vom Kauf §. 688. Allein schon WERNHER selectar. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 475. hat diese Meinung widerlegt. Daß die Dauer der actio emti vel venditi sich nicht weiter, als die der actio redhibitoria erstrecke, wenn über die Zeit der Ausübung des Reurechts in dem Vertrage nichts bestimmt worden, behaupten auch BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 8. Th. 7. not. 7. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 26. BOEHMER ius Dig. Lib. XXI. Tit. I. §. 7. in fin. Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 7. Samml. S. 58. f. u. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 50. In der That wäre ja die ganze Verordnung der Aedilen vergeblich gewesen, wenn nach Ablauf der von ihnen bestimmten Reufrist noch immer die actio ex contractu Statt haben sollte, wie auch NOODT a. a. O. bemerkt hat.

40) *L.* 31. §. 22. *in fin. et* §. 23. *D. de aedilit. edicto.* Item si tempus sexaginta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita iudicium datitur. In causae cognitione autem hoc versabitur, si aut mora fuit per venditorem, aut non fuit praesens, cui redderetur, aut aliqua iusta causa intercessit, cur intra diem redhibitum mancipium non est, quod ei magis displicuerat.

aedilit. edicto, gehört noch hieher *L. 4. Cod. de aedilit. act.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian auf folgende Art rescribiren: Si praedium quis sub ea lege comparavit, *ut, si displicuerit, inemtum sit*, id, utpote sub conditione venditum, resolvi, et *redhibitoriam actionem* adversus venditorem competere, palam est. Da hier der Kauf für nicht geschlossen gehalten wird, wenn der Contrahent sich seines Reurechts bedient, so fällt das Eigenthum sofort, und ohne Tradition wieder an den Verkäufer zurück. Ist daher zu seinem Besten der Vertrag beygefügt worden; so kommt ihm sogar d) die actio in rem, oder Reivindication gegen jeden dritten Besitzer zu Statten [41]. V. Der Reuvertrag ist übrigens ein subjectivpersönlicher Vertrag, welcher nicht auf die Erben übergeht [42]. Ein sehr gewöhnlicher Nebenvertrag beym Kaufcontrakt ist ferner VI. der Vorbehalt des Eigenthums, *pactum reservati dominii* [43]. Er wird

zu

41) *L. 41. D. de rei vind.* *L. 1. L. 4. Cod. de pact. int. emt. et vend. composit.* MUSSCHENBROEK c. l. pag. 645. und *Io. Gottfr.* BAUER Progr. de vindicatione rei venditae et traditae. *Lipsiae* 1759. (in *Opuscul.* T. I. Nr. 23. pag. 272.)

42) VOET Comm. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. I. §. 26.

43) *Io. Bernh.* FRIESE Diss. de pacto dominium in emtione venditione usque ad pretii solutionem reservante. *Ienae* 1706. *Io. Nic.* HERTII Diss. de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita; in EIUS *Commentat. et Opuscul.* Vol. II. T. III. pag. 155. sqq. *Io. Frid.* WAHL Diss. de validitate et effectu reservationis dominii et hypothecae in securitatem residui pretii in rebus praecipue immobilibus venditis. *Goettingae* 1758. *A. F.* GOESSEL Disqu. de vi reservati dominii et hypothecae in *re* vendita, moto concursu creditorum sese inprimis exserente. *Cellae* 1793.

zu Gunsten des Verkäufers in dem Falle angehängt, da er den Kaufpreis creditirt, und kann auf verschiedene Art verabredet werden, nämlich entweder: a) auf eine solche Art, daß das Eigenthum der Sache, welches sonst auf den Käufer übergehen würde [44]), bis dahin, da der Käufer das Kaufgeld bezahlt haben wird, bey dem Verkäufer verbleiben solle; welches denn auch stillschweigend dadurch geschiehet, wenn verabredet wird, daß dem Käufer, bis zur Berichtigung des Kaufpreises, nur der Genuß der Sache als ein Prekarium [45]), oder pachtweise zustehen solle [46]). Nam rei suae neque precarium neque conductio consistere potest [47]); oder b) auf eine solche Art, daß blos der Rückfall des Eigenthums auf den Fall verabredet wird, da der Käufer insolvent werden sollte. Gewöhnlich nehmen die heutigen Rechtsgelehrten nur entweder den einen oder den andern Fall in ihren Begriff auf [48]). Allein warum sollte man

44) §. *41. in fin. I. de rer. divis.*

45) *L.* 20. *D. de precario.* Ea, quae distracta sunt, *ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur,* si per emtorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi.

46) *L. 16. D. de peric. et comm. rei vend.* Servi emtor, si eum *conductum* rogavit, *donec pretium solveret,* nihil per eum servum adquirere poterit: *quoniam non videtur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur a venditore.* Man vergleiche noch *L. 20. §. ult. et L. 21. D. Locati.*

47) *L. 45. pr. D. de div. reg. iur. L. 4. §. 3. D. de precario. L. 20. Cod. de locat.*

48) Nach dem ersten Fall definiren WAHL cit. Diss. §. 20. MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 186. Dabelow Handbuch des heutigen Röm. deutsch. Privatrechts 2. Th. 2 Abth. §. 1309.

Höpf-

man denn nicht beyde Fälle verbinden können, da es ja hier lediglich auf die Uebereinkunft der Contrahenten ankommt, indem das Röm. Recht keinen bestimmten Begriff giebt [49])? Der Unterschied besteht übrigens darin, daß in dem letzten Falle der Vertrag ein Resolutivvertrag ist. Das Eigenthum der Sache geht daher auf den Käufer über. Der Käufer kann folglich, dieses Vertrags ungeachtet, die Sache benutzen, kann sich den gefundenen Schatz zueignen, ihm steht auch das Vindicationsrecht zu, dagegen schadet aber auch dem Käufer der zufällige Untergang der Sache [50]). Denn die Gefahr geht, wie unten vor-

Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 873. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. III. §. 1967. und Heinr. Ernst Ferd. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. §. 51. Not. c. S. 85. Nach dem letztern HERT cit. Diss. §. 7. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 18. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 955. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 1063. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 499. Not. 2.

49) Man streitet sich darüber, ob dieser Vertrag den Römern bekannt gewesen sey? Namentlich kommt er freylich in dem Röm. Gesetzbuche nicht vor. Allein daß er den Römern ganz unbekannt gewesen, und blos eine Erfindung der Teutschen sey, wie SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. XXX. §. 56. behaupten will, ist unrichtig. Das Gegentheil beweisen die Not. 45. und 46. angeführten Gesetzstellen, wie auch WAHL cit. Diss. §. 21. 22. et 23. gezeigt hat. Ueber die zweyte Art dieses Vertrags findet sich freylich kein Gesetz des Röm. Rechts. Allein auch diese ist wenigstens der Analogie desselben keinesweges entgegen.

50) S. HERT cit. Diss. §. 7. 13. et 14. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 18. lit. c.

vorkommen wird, auf den Käufer über, sobald der Contract zur Perfection gediehen ist [51]). Ganz anders ist die Wirkung dieses Vertrags in dem ersten Falle. Hier hängt die Erwerbung des Eigenthums von der suspensiven Bedingung der Bezahlung des Kaufgeldes ab. Der Käufer benutzt hier blos die ihm übergebene Sache bis zur völligen Berichtigung des Kaufpreises, und zwar, nach Maasgabe der getroffenen Uebereinkunft, entweder als ein Prekarium, oder als Pächter. Der Verkäufer behält hingegen alle Rechte des Eigenthums bis zur Existenz der Bedingung [52]). Ihm steht daher auch das Vindicationsrecht zu. Er trägt hier aber auch nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten [53]) die Gefahr der Sache, obwohl andere [54]) richtiger unterscheiden, ob die Perfection des Contracts, oder nur die Vollziehung desselben von der Bezahlung des Kaufgeldes abhängig gemacht worden ist, indem, wenn das letztere ist,

51) §. 3. *I. h. t.*

52) WAHL cit. Diss. §. 41.

53) GROTIUS de iure belli et pacis Lib. II cap. 12. §. 15. CARPZOV Responsor. iuris Lib. I. Resp. 108. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 57. THOMASIUS ad *Huberi* Praelect. iur. civ. h. t. §. 12. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 31. und *Wilh. Frid.* LINK Diss. de rei sub pacto reservati dominii venditae periculo. *Altorfii* 1748.

54) WAHL Diss. §. 33. 37. 38. et 45. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. § 25. et 26. SCHOEPFER Diss. de dominio a venditore reservato. Cap. III. Sect. 3. STRYK Us. mod. Pandect. Lib. XVIII. Tit. 6. §. 2. et de cautelis contract. Sect. II. cap. VIII. §. 25. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. B. Medit. 53. und WALCH Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. IV. §. 17.

ist, die Gefahr allerdings auf den Käufer übergeht, weil der Vorbehalt des Eigenthums dem Wesen des Contracts nicht schadet. Uebrigens äussert sich der Nutzen dieses Vertrags, er mag nun auf die eine oder andere Art geschlossen worden seyn, vorzüglich dann, wenn über das Vermögen des Käufers ein Concurs entsteht. Hier steht dem Verkäufer ein Separationsrecht zu, vermöge dessen er sich in den Concurs gar nicht einzulassen braucht, sondern mittelst der rei vindicatio verlangen kann, daß ihm die noch in der Concursmasse vorhandene Sache zurückgegeben werde, weil die Eröfnung des Concurses beweißt, daß der Käufer insolvent sey [55]. Da jedoch der Verkäufer sich das Eigenthum der Sache oder den Rückfall desselben blos zur Sicherheit des Kaufgeldes vorbehalten hat, so steht es den Gläubigern oder dem Curator des Concurses allerdings frey, durch Bezahlung des Kaufgeldes die Zurückgabe der verkauften Sache zu vermeiden, und die Sache für die Masse zu erhalten, wenn vielleicht bey dem öffentlichen Verkaufe der Güter durch erlösten höhern Werth derselben für die Concursmasse ein Gewinn zu machen seyn sollte [56]. Denn auch der Käufer würde durch befriedigende Zahlung die actio venditi von sich haben abwenden können [57]. Soll jedoch dieser Vertrag den

55) C. *Christ. Gottl.* GMELIN Diss. de jure separationis, quod exorto super bonis emtoris concursu venditori in re vendita competit. *Tubingae* 1799. §. 27. et 28.

56) HERTIUS cit. Diss. Sect. I. §. 10. WAHL cit. Diss. §. 48. in fin. und von Gmelin Ordnung der Gläubiger bey dem Gantprocesse. Kap. 2. §. 51. (Stuttgard u. Tübing. 1813.)

57) GMELIN cit. Diss. §. 26.

den ihm beygelegten Vortheil gewähren, so ist schlechterdings nothwendig, daß der Vorbehalt des Eigenthums geschehen seyn müsse, ehe noch der Kauf durch die Uebergabe vollzogen war. Denn ist das Eigenthum einmal auf den Käufer übertragen, so wird der Verkäufer das, was er nicht mehr hat, sich nun vergebens vorbehalten [58]). Zwar von gleichem Zwecke, aber doch verschieden von jenem Vertrage ist V. **der Vorbehalt einer Hypothek** auf der verkauften Sache bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufgeldes [59]). Denn da man auf seiner eigenen Sache

58) WAHL cit. Diss. §. 32. und GMELIN cit. Diss. §. 25.

59) Dieser Vertrag ist in der *L. 1. §. 4. D. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt* gegründet. Nur wenn der Käufer noch minderjährig ist, gilt er nicht ohne obrigkeitliche Bestätigung. **Ulpian** sagt nämlich: Si minor viginti quinque annis emit praedia, *ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori:* non puto pignus valere. Nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari. **Paulus** *L. 2. D. eodem* fügt noch hinzu: Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus est, ut ex Rescripto pignus confirmetur. **Paulus** macht hier einen doppelten Einwand, wie POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 9. Nr. VI. not. h. et i. pag. 161. ganz richtig bemerkt. **Erstens**, wenn sich der Verkäufer ein Pfandrecht vorbehielt, so ist ja dasselbe nicht erst bestellet worden, nachdem die Sache Eigenthum des minderjährigen Käufers geworden ist; sondern es haftete vermöge des geschehenen Vorbehalts schon in dem Augenblick der Erwerbung des Eigenthums auf der Sache, und ging mit der Sache auf den Erwerber derselben über. **Zweytens** wenn der Minderjährige die Sache von dem Fis-

Sache kein Pfandrecht haben kann [60]); so schließt dieser Vertrag den Vorbehalt des Eigenthums aus, er setzt vielmehr die Uebertragung des Eigenthums an den Käufer voraus [61]). Dem Verkäufer ist also hier nicht so, wie bey jenem Vertrage, im Falle eines ausgebrochenen Concurses über das Vermögen des Käufers, ein Vindicationsrecht gestattet [62]). Jedoch wird ihm von den meisten Rechtsgelehrten [63]) ein Quasi-Separationsrecht zugestanden, wenn er sich die Hypothek entweder gleich beym Verkaufe, oder wenigstens noch bey der Uebergabe der

Fiskus gekauft hätte, so würde Niemand zweifeln, daß das Pfandrecht gültig sey. Dem allen ohngeachtet, sagt Paulus, tritt hier ein ganz anderes Verhältniß ein, wenn der Verkäufer eine Privatperson ist. Denn dem Fiskus steht ein Pfandrecht schon nach den Gesetzen zu. Allein der Vorbehalt der Hypothek ist anders nicht gültig, als wenn der Regent das Pfandrecht bestätiget.

60) *L. 45. pr. D. de div. reg. iur.*

61) S. MYLIUS Diss. de reservatione hypothecae a venditore in securitatem pretii residui. §. 31. Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 51. Unrichtig vermischt WAHL cit. Diss. §. 35. sqq. beyde Verträge.

62) *Io. Nepom.* ENDRES Diss. de privilegio hypothecae iudicialis a venditore in re vendita reservatae moto concursu. *Wirceburgi* 1774. §. 14—21.

63) VOET Comm. ad Pand. Lib. XX, Tit. 4 §. 18. HERTIUS Diss. de reservat. dominii vel hypothecae in re vendita. Sect. II, §. 11. ERXLEBEN de iure pignorum. §. 215. ENDRES cit. Diss. §. 26. sqq. Christph. Christ. Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Kap. 12. S. 351. f. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1210. nr. IV. u. a. m.

der verkauften Sache vorbehielt, vermöge welchen er vor allen und jeden, auch ältern, wenn gleich noch so privilegirten Gläubigern des Käufers den Vorzug hat. In der Praxis ist auch diese Meinung unbestritten angenommen [64]); nur in der Theorie ist sie nicht ausser Widerspruch, weil ihr entgegen zu stehen scheint, daß der Verkäufer, der auf seiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben kann, auf der verkauften Sache nicht eher ein Pfandrecht erwirbt, als wenn durch die Uebergabe das Eigenthum auf den Käufer übergegangen ist [65]). Man behauptet daher, daß man dem Verkäufer, nach der Analogie eines Anleihers, der zum Erkauf einer Sache Geld dargeliehen, und sich eine Hypothek vorbehalten hat [66]), blos ein conventionelles privilegirtes Pfandrecht gestatten könne, und dieses auch nur dann, wenn die Sache ein Schiff, oder ein Grundstück ist [67]). Es läßt sich indessen die Meinung der Praxis wohl rechtfertigen. Denn wenn es gleich an sich richtig ist, daß ich auf meiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben kann, so kann ich mir doch auf den Fall, da diese Sache das Eigenthum eines Andern zu werden anfängt, eine Hypothek mit der Wirkung vorbehalten, daß dieser nun das Eigenthum anders nicht, als mit einer Hypothek be-

64) MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 193. CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 20. nr. 4. BRUNNEMANN Processſ. concurs. creditor. Cap. V. §. 13. Ludovici Concursproceß. Hptst. XI. §. 5. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 212.

65) *L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.*

66) *L. 7. Cod. Qui potior. in pign. Nov. 97. cap. 3. L. 12. Cod de distract. pignor.*

67) Thibaut Syst. des Pand. R. 2. Band. §. 655. a. E.

beschwert, erwirbt. Paulus [68]) sagt von einem solchen Vorbehalt: Cum dominio pignus quaesitum est, et *ab initio* obligatio inhaesit sc. rei emtae. Nun habe ich aber vermöge dieses Vorbehalts das Eigenthum meiner Sache unter keiner andern Bedingung auf den Käufer übertragen wollen, als um in Ansehung derselben wegen meiner Forderung allen andern Gläubigern des Käufers vorzugehen [69]). Ein insonderheit dem Käufer sehr vortheilhafter Nebenvertrag ist VI. das *constitutum* oder *pactum constituti possessorii*. Es wird dieser Vertrag besonders in dem Falle angehängt, da die Sache nicht sogleich tradirt wird, und vermöge desselben verabredet, daß der Verkäufer von der Zeit an, da der Kauf zu Stande gekommen ist, die Sache nicht mehr in eigenem Namen, sondern auf den Namen des Käufers besitzen wolle [70]). Es beruhet dieser Vertrag auf dem Grundsatz des Römischen Rechts, daß durch das bloße Wollen des Eigenthümers der juristische Besitz in eine Detention verwandelt, und der Besitz auch durch Mittelspersonen erworben werden könne [71]), welcher schon an einem andern Orte [72]) vorgekommen ist, wo von dem constituto possessorio überhaupt gehandelt wurde. Das pactum constituti possessorii setzt also I. auf Seiten des Constituenten immer voraus, daß er den juristischen Besitz der Sache bisher gehabt habe, und solchen auf einen Andern übertragen wolle, auf dessen Namen er die Sache von nun an detinirt. Es läßt sich daher nicht wohl

68) *L. 2. D. de reb. eor. qui sub tut.*

69) *L. 48. D. de pact. L. ult. in fin. Cod. de pact. inter emt. et vendit.* HUBER Praelect. in Pand. Lib. XX. Tit. 4. § 26.

70) S. *Pet.* MÜLLER Diss. de constituto possessorio. *Ienae* 1689. Cap. I. §. 4. *Car. Gottl.* KOCH Diss. de natura et effectu constituti possessorii, praes. *Io. Christph.* SPITZ def. *Erfordiae* 1751. §. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCXLV. medit. 4—6. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 2. Abth. Resp. 65. nr. 15. S. 505. f. von Savigny Recht des Besitzes §. 27. S. 307. ff.

71) *L. 18. pr. D. acquir. possess. L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom.*

72) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 581. S. 106. ff.

wohl mit der Natur des Constitutum vereinigen, wenn man sagt, es sey der Vertrag, wodurch der Käufer sich verbindlich macht, die ihm verkaufte und übergebene Sache bis dahin, da das Kaufgeld völlig bezahlt seyn wird, nicht in seinem, sondern in des Verkäufers Namen besitzen zu wollen [73]). Dieser Vertrag, welcher dem Verkäufer zum Vortheil gereicht, ist offenbar ein stillschweigender **Vorbehalt des Eigenthums**, aber kein *constitutum*. II. Das pactum constituti possessorii kann, wie auch schon oben bemerkt wurde, sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschlossen werden, z. B. wenn verabredet wird, daß der Verkäufer die Sache als Pächter oder Miethsmann behalten solle [74]). III. Die Wirkung dieses Vertrags besteht darin, daß der Käufer dadurch, ohne alles körperliche Handeln auf die Sache selbst, Eigenthum und Besitz erhält, eben so, als wenn ihm die Sache wirklich übergeben worden wäre; dahingegen dem Verkäufer die bloße Detention verbleibt. Der Verkäufer kann also nun die Sache keinem Andern weiter verkaufen; der Käufer kann sich hingegen nicht nur der Reivindication gegen jeden dritten Besitzer, sondern auch der possessorischen Rechtsmittel sowohl gegen den Verkäufer selbst, als gegen Andere bedienen [75]).

73) S. MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 186. nr. V.

74) *L. 75. D. h. t.* Qui fundum vendidit, *ut eum certa mercede conductum habeat*, vel simile aliquid paciscatur; ad complendum id, quod pepigerunt, *ex vendito* agere poterit. S. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus ad h. L. §. 3. et 4. pag. 451.

75) S. MÜLLER cit. Diss. Cap. V. §. 4. et 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 776.

Verbesserungen.

S. 35. Z. 12. ist statt verbindlich, **unverbindlich** zu lesen.

S. 104. Not. 6. ist Statt LUDOLF Observat. P. III. Obs. 245. zu setzen MEVIUS Decision. Tom. I. P. II. Decis. 196. et T. II. P. VII. Decis. 373. et 374.

S. 213. Not. 5. Z. 5. ist statt acquisitione, *acquisitivae* zu lesen.

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

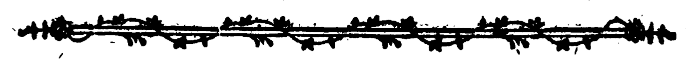
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Sechszehnten Theils zweyte Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1815.

Lib. XVIII. Tit. II.

De in diem addictione.

§. 1001.

Begriff des *pacti addictionis in diem*. Was ist ein besserer Käufer?

Zu den Nebenverträgen des Kaufcontracts gehört ferner VII. das pactum addictionis in diem, wodurch zwischen den Contrahenten verabredet wird, daß der abgeschlossene Kauf nur unter der Bedingung gelten, oder gültig bleiben solle, wenn sich innerhalb einer gewissen Zeit kein besserer Käufer finden würde [1]). Dieser Vertrag kann sowohl suspensiv als resolutiv hinzugefügt werden. Doch streitet für das letztere die Vermuthung [2]).

L. I.

1) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. Die Leseart *adiectio in diem*, die man in einigen Exemplaren der Pandecten findet, ist unrichtig, wie schon *Ant.* AUGUSTINUS Lib. III. Emendat. cap. 3. bemerkt hat. Das Wort *adiicere* wird von dem Käufer gebraucht, welcher ein besseres Gebot thut, oder die von dem neuen Käufer angebotenen besseren Bedingungen erfüllen will. *L. 4. §. 1. L. 7. L. 19. D. h. t.* Von dem Verkäufer hingegen sagt man *addicere*, oder auch *collocare*, welches hier eben soviel, als rem addicere emtori, heißt. *L. 11. D. h. t. Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 35. D. de minor. §. 1. p. 246.

2) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

L. 1. D. h. t. In diem addictio ita fit: *ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino* [3]) *abeat.*

L. 2. pr. D. eodem. Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur; an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est? Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est, *ut meliore allata conditione discedatur*, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur: sin autem hoc actum est, *ut per-*

3) Man streitet sich, auf wen das *domino* geht. Accursius versteht darunter den Käufer, und erklärt diese Formel von einer resolutiven Bedingung. Ihm stimmt auch *Iac.* LABITTUS in Iudicis Pandectar. usu. Cap. IV. §. 12. (in WIELING. *Iurispr. restituta* Tom. II. pag. 82.) bey. Andere hingegen verstehen unter dem dominus den Verkäufer, und erklären die Formel von einer suspensiven Bedingung; z. B. WIELING in Praetermissis ad *Labittum* pag. 226. sq. und BERGER Resolution. Legg. obstant. pag. 317. Noch andere glauben, der *dominus* könne sowohl der Käufer als Verkäufer seyn, je nachdem der Vertrag entweder suspensiv oder resolutiv hinzugefügt worden ist. Die Worte: *quo res a domino abeat*, sollen also soviel heißen: daß die Sache dadurch denjenigen, welcher vorher davon Eigenthümer war, abgefordert werde. So erklären *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Westphal vom Kaufe §. 714. Die Erklärung des Accursius ist aber wohl die richtigste, da der Vertrag gewöhnlich als resolutiv beygefügt wird. Man sehe auch *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 38. D. ad Leg. Falcid. §. 8. pag. 282. und *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18.

perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis.

L. 2. §. 4. *D. pro emtore.* Si in diem addictio facta sit, id est, *nisi si quis meliorem conditionem attulerit*, perfectam esse emtionem, — JULIANUS putabat: alii, et hanc *sub conditione* esse contractam: ille non contrahi, sed *resolvi* dicebat: quae sententia vera est.

Unter einem bessern Käufer wird hier überhaupt derjenige verstanden, welcher dem Verkäufer vortheilhaftere Bedingungen anbietet. Ein solcher ist nun nicht nur derjenige, welcher ein höheres Gebot thut, sondern auch derjenige, welcher zwar ein gleiches Gebot thut, aber gleich baare Zahlung leisten will, oder wenn er auch ein noch geringeres Gebot, als der erste, thut, aber von dem Verkäufer keine Evictionsleistung verlangt, oder wenigstens auf keiner Cautionsleistung deshalb besteht, und überhaupt dem Verkäufer diejenigen beschwerlichen Bedingungen erlassen will, unter welchen der Kauf mit dem erstern Käufer geschlossen worden ist.

L. 4. §. 6. *D. h. t.* Melior autem conditio adferri videtur, si pretio sit additum. Sed et si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilior pretii, vel maturior; melior conditio adferri videtur. Praeterea si locus opportunior solvendo pretio dicatur, aeque melior conditio allata videtur; et ita POMPONIUS *lib. IX. ex Sabino* scribit. Idem ait et si persona idoneior accedat ad emtionem, aeque videri meliorem conditionem allatam. Proinde, si quis accedat eiusdem pretii emtor, sed qui levioribus emat conditionibus, vel qui satisdationem nullam exigat, melior con-

conditio allata videbitur. Ergo idem erit probandum, etsi viliori pretio emere sit paratus, ea tamen remittat, quae venditori gravia erant in priore emtione.

L. 5. D. eodem. Quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet.

Keineswegs aber ist es als **besseres Gebot** anzusehen, wenn von dem neuen Käufer eine *gleiche* Summe geboten wird, und der Verkäufer nun, wenn er den neuen Käufer annähme, die Früchte gewinnen würde, welche der erste Käufer unterdessen gezogen hat. Denn dieser Vortheil kommt nicht von dem neuen Käufer her, sondern ist nur eine Wirkung des Vertrags, wenn sich wirklich ein besserer Käufer findet.

L. 14. §. 5. D. h. t. Non tamen ideo, si tantumdem pretium alius det, hoc ipso, quod fructus eum non sequantur, qui secuturi essent priorem emtorem, melior conditio videtur allata: quia non id agitur inter emtorem et venditorem.

Eben so wenig ist es für ein besseres Gebot zu halten, wenn der auf der einen Seite angebotene Vortheil auf der andern Seite wieder gehoben wird. Dahin gehört z. B. wenn der neue Käufer für den angebotenen höheren Preis von dem Verkäufer verlangt, daß er noch einige Sachen zulege, welche dem erstern Käufer nicht waren mit verkauft worden. Ein Anderes wäre, wenn diese Zugabe weniger werth wäre, als was der neue Käufer mehr an Gelde geben will. Dahin gehört ferner, wenn zwar der neue Käufer ein höheres Gebot thut, aber das Kaufgeld nicht gleich, sondern zu einer Zeit bezahlen will,

will, binnen welcher der Verkäufer durch die Zinsen des von dem ersten Käufer gleich baar bezahlten Kaufgeldes eben so viel oder wohl noch mehr gewinnen kann.

L. 15. §. 1. *D. eodem.* Si fundus in diem addictus fuerit pluris, ut quaedam ei accedant, quae non accesserint priori emtori, si non minoris sint hae res, quam quo pluris postea fundus venierit, prior venditio valet; quasi melior conditio allata non sit, *si minoris sint* [4]. Idemque aestimandum est, si dies longior pretii solvendi data fuerit, ut quaeratur, quantum ex usura eius temporis capi potuerit.

§. 1002.

Wirkungen des pacti addictionis in diem. Wenn ist dieser Vertrag von Wirkung?

Die Wirkungen dieses Vertrags bestehen darin [5]:

A) Ist der Vertrag suspensiv beygefügt worden, so ist, so lange die Zeit, binnen welcher sich kein besserer Käufer melden muß, noch nicht verstrichen ist, der Kauf so gut, als nicht geschlossen. Es geht daher auch

4) Unser Erlanger Codex liefet hier: *si minoris non sit res.* Haloander hat: *si minoris: non.* Fast alle Ausleger kommen jedoch darin überein, daß man: *si non minoris sint*, lesen müsse. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. VIII. not. d. und Westphal §. 72a.

5) *Chr. Henr.* BREUNING Disp. de obligatione emtiones venditionis, cui adiectum pactum addictionis in diem sub conditione suspensiva, si melior conditio non offeratur. *Lipsiae* 1779 und *S. I. G.* BEHRENS Commentat. de periculo et commodo rei sub lege addictionis in diem venditae. *Kiliae* 1793. 8.

auch das Eigenthum nicht auf den Käufer über, wenn ihm auch schon die Sache übergeben worden ist. Er wird nicht einmal in die Lage zu usucapiren versetzt. Er kann sich daher auch keine Früchte zueignen. Dagegen trägt er auch die Gefahr der Sache nicht.

L. 4. *pr. D. h. t.* Ubi autem conditionalis venditio est, negat POMPONIUS usucapere eum posse, nec fructus ad eum pertinere.

Tritt hingegen 2) die Bedingung ein, das heißt, es hat sich binnen der bestimmten Zeit kein besserer Käufer gefunden [6]); so wird nun erst der Kauf, jedoch rückwärts, gültig, als ob er gleich anfangs unbedingt geschlossen worden wäre. Wäre daher auch der Käufer oder der Verkäufer unterdessen gestorben, so sind dennoch die Erben den Contract zu halten verbunden. Auch die unterdessen gezogenen Früchte behält der Käufer wegen der zurückwirkenden Kraft der eingetretenen Bedingung, und darf

6) Hierher gehört auch der Fall, wenn der Verkäufer vor Ablauf der zum bessern Gebot gesetzten Zeit starb, und nun nach seinem Tode sich zwar ein besserer Käufer fand, aber entweder gar kein Erbe da war, der das bessere Gebot annehmen konnte, oder der Erbe sich noch nicht über die Annehmung der Erbschaft erklärt hatte; sondern die Erbschaft erst nach Ablauf der bestimmten Zeit antrat. Hier ist der erste Kauf gültig. *L.* 15. *pr. D. h. t.* Si praedio in diem addicto, ante diem venditor mortuus sit, sive post diem heres ei existat, sive omnino non existat: *priori praedium emtum est*, *quia melior conditio allata*, *quae domino placeat*, *intelligi non potest*, cum is, qui vendat, non existat. Westphal vom Kauf §. 726. tadelt diese Entscheidung ganz ohne Grund.

darf sie nicht herausgeben [7]). Von dem Augenblick an, wo die Bedingung existirte, kann nun auch eine Verjährung Statt finden [8]), und die Gefahr der Sache geht jetzt auf den Käufer über. Jedoch ist dieses nur von dem periculo interitus zu verstehen. Denn wäre die Sache, während die Bedingung noch pendens war, blos zufällig deteriorirt worden, so trägt der Käufer den Schaden, wenn nachher die Bedingung zur Wirklichkeit kommt [9]).

L. 8. pr. D. de peric. et commodo rei vend. Perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. — Quodsi, pendente conditione, emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, *quasi iam contracta emtione in praeteritum.* Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, — et fructus medii temporis venditoris sunt. — *Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.*

L. 6.

7) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. Anderer Meinung ist zwar *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12. Allein man sehe *Iac.* CUJACIUS ad Paulum L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. (*Operum* Tom. V. pag. 514.)

8) *L. 2. §. 2. D. pro emtore. L. 7. §. 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor.* Dabelow über die Verjährung 1. Th. §. 70. S. 330. und Rupprecht Lehre von der Verjährung. §. 98. Man sehe auch BRÜSSEL de conditionibus Lib. II. Tit. 3. nr. 4. Jedoch behauptet Westphal vom Kaufe §. 718., wenn sich kein besserer Käufer melde, so verjähre der Käufer auch für die Zwischenzeit.

9) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. und BEHRENS Diss. cit. §. 28. et 29.

L. 6. pr. D. h. t. Quod dictum eſt, fructus interea captos emtorem priorem ſequi, totiens verum eſt, quotiens nullus emtor exiſtit, qui meliorem conditionem adferat, vel falſus exiſtit.

Findet ſich aber 3) ein beſſerer Käufer, und der erſte Käufer will die beſſeren Bedingungen nicht erfüllen; ſo bleibt der Kauf ungültig, und der Käufer muß alle Früchte zurückgeben, weil er ſie nur eventualiter gezogen hat [10]. Dagegen müſſen aber auch demſelben alle nothwendigen Koſten erſtattet werden, welche er auf die Sache verwendet hat; ſo weit ſie nicht etwa auf die Früchte abgerechnet werden können.

L. 6 pr. D. h. t. Sin vero exiſtit emtor poſterior, fructus refundere priorem debere conſtat, ſed venditori.

L. 16. D. eodem. Imperator SEVERUS reſcripſit: *Sicut fructus in diem addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori reſtitui neceſſe eſt, ita rurſus quae prior emtor medio tempore neceſſario probaverit erogata, de reditu retineri, vel, ſi non ſufficiat, ſolvi aequum eſt.*

Eben dieß gilt auch 4) in dem Falle, wenn der erſte Käufer die beſſeren Bedingungen des neuen Käufers ſelbſt erfüllen will, es wäre denn ein Anderes ausdrücklich verabredet worden.

L. 6. §. 1. D. h. t. Si quis exſtiterit, qui meliorem conditionem adferat, deinde prior emtor adverſus

10) Weſtphal §. 745.

ſus eum licitatus ſit, ut penes eum emtorem [11]) manſerit: dubitari poterit, utrum fructus ipſe habeat, quaſi nulla meliore conditione allata; *an vero venditoris ſint*, licet eadem ſit perſona, quae meliorem conditionem attulit? *Quod ratio facere videtur* [12]): intererit tamen, *quid acti ſit*: et ita POMPONIUS ſcribit.

B. Ganz Anders verhält ſich die Sache, wenn der Vertrag **reſolutiv** iſt beygefügt worden. Hier iſt der Kauf gleich vollkommen gültig. Der Käufer wird daher durch die Uebergabe Eigenthümer, und kann die Sache verpfänden, auch ſich gegen jeden, der ſich die Sache anmaßen will, der Reivindication bedienen. War der Verkäufer ſelbſt nicht Eigenthümer, ſo kann er die Sache wenigſtens uſucapiren. Auch die Früchte, ſo wie die Acceſſionen, z. B. den gefundenen Schatz, kann er ſich zueignen, und trägt nicht minder die Gefahr, auch wenn die Sache ganz zu Grunde geht. Denn nun iſt es gewiß, daß ſich kein beſſerer Käufer finden wird. Wäre jedoch von zwey für einen Preis zugleich verkauften Sachen nur die eine zu Grunde gegangen; und es fände ſich zu der andern noch übrigen Sache ein neuer Käufer, welcher für dieſe allein eben ſo viel, oder wohl gar noch mehr geben

11) Die Florentiniſche Ausgabe lieſet *emtore* manſerit. Jedoch macht ſchon **Taurellius** durch das große M auf die in den florentiniſchen Pandecten gar nicht ungewöhnliche Gemination, aufmerkſam. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges Cap. XVII. §. 11. will jedoch lieber *penes eum emtio remanſeri* leſen. Unſer Erlanger Codex hat: *et penes eum emtorem res remanſerit.*

12) Venditio enim nulla eſt, ſi conditio defecerit. *L. 37. in fin. D. de contrah. emt. vend.*

geben wollte, als der erste Käufer für beyde bezahlt hat; so kann das neue Gebot ohne Bedenken angenommen werden. Ein Anders wäre, wenn von der verlohren gegangenen Sache nur noch Früchte vorhanden wären, z. B. das verkaufte Mutterpferd ist gefallen, hat aber ein Füllen hinterlassen; hier kann kein besseres Gebot mehr angenommen werden, wenn sich auch ein Käufer zu diesem Füllen finden sollte, welcher mehr dafür geben wollte, als das Mutterpferd selbst gekostet hat; weil für keine andere Sache, als welche verkauft worden ist, das bessere Gebot geschehen kann.

Findet sich kein besserer Käufer, so bleibt der Contract unwiderruflich gültig, und der Käufer lucrirt Früchte und Accessionen. In dem entgegengesetzten Falle aber wird der erste Kauf resolvirt. Es erlischt daher auch das darauf gegebene Pfandrecht, und die Früchte müssen zurückgegeben werden, ja diese sogar auch dann, wenn gleich der erste Käufer sich erklärt hat, die angebotenen besseren Bedingungen des neuen Käufers selbst zu erfüllen. Denn es wird hier ein neuer Handel geschlossen [13]). Jedoch kann der erste Käufer die auf die Sache nothwendig verwandten Unkosten, so wie die Zinsen des Kaufgeldes, in Abrechnung bringen [14]).

L. 2.

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 7. 8. et 9. BEHRENS cit. Diss. §. 17—27. Westphal vom Kaufe §. 717—719.

14) VOET h. t. §. 5. BRUNNEMANN Comm. ad L. 6. D. h. t. nr. 3. et 4. und *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. sistens theoriam general. de acquisitione fructuum. *Goettingae* 1783. §. 16. in fin.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Ubi — pura venditio eſt, JULIANUS ſcribit, hunc, cui res in diem addicta eſt, et uſucapere poſſe, et fructus et acceſſiones lucrari [15]), et periculum ad eum pertinere, ſi res interierit.

L. 3. *D. eodem.* Quoniam poſt interitum rei iam nec adferri poſſit melior conditio.

L. 2. §. 4. *D. pro emtore.* Si in diem addictio facta ſit, id eſt, niſi ſi quis meliorem conditionem attulerit, perfectam eſſe emtionem, et fructus emtoris effici, et uſucapionem procedere, JULIANUS putabat; — quae ſententia vera eſt.

L. 4. §. 1. *D. h. t.* Idem JULIANUS *libro XV.* quaerit: Si res in diem addicta interciderit, vel ancilla deceſſerit, an partus vel fructus eius nomine adjectio admitti poſſit? Et negat admittendam adjectionem: quia alterius rei, quam eius, quae diſtracta eſt, non ſolet adjectio admitti.

L. 4. §. 2. *eod.* Idem JULIANUS eodem libro ſcribit: ſi ex duobus ſervis, viginti venditis et in diem addictis alter deceſſerit, deinde unius nomine, qui ſupereſt, emtor exſtiterit, qui ſupra viginti promitteret,

15) Dieß iſt jedoch nur von dem Falle zu verſtehen, wenn ſich kein beſſerer Käufer findet, denn das Wort lucrari wird von einer unwiderruflichen Erwerbung gebraucht. Solang alſo noch ungewiß iſt, ob ſich kein beſſerer Käufer finden wird, erwirbt der Käufer an den Früchten nur ein wiederrufliches Eigenthum. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. und *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. cit. de acquiſitione fructuum. §. 17.

teret, an discedatur a priore contractu? Et ait, dissimilem esse hanc speciem partus specie, et ideo hic discedi a priore emtione et ad secunda perveniri.

L. 4. §. 3. *eodem.* Sed et MARCELLUS libro 5. Digestorum scribit: pure vendito, et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset: alioquin nec pignus teneret.

L. 4. §. 4. *eodem.* Idem JULIANUS libro octogesimo octavo Digestorum scripsit, eum, qui emit fundum in diem, Interdicto quod vi aut clam uti posse: nam hoc Interdictum ei competit, cuius interest, opus non esse factum. *Fundo autem*, inquit, *in diem addicto, et commodum et incommodum omne ad emtorem pertinet, antequam venditio transferatur:* et ideo, si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior conditio allata fuerit, ipse *utile interdictum* [16]) habebit; sed eam actionem, sicut fructus, inquit, quos percepit, venditi iudicio praestaturum.

L. 41. *D. de rei vindicat.* Si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti *in rem actione* potest: postea non poterit.

16) Das Interdictum quod vi aut clam directum steht vor der Uebergabe dem Verkäufer zu. Man vergleiche hier die *L.* 11. §. 10—12 *D. Quid vi aut clam.* und *Petr.* DUIRSEMA Conjectural. iuris civ. Lib. I. cap. 2. Jedoch behauptet *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. *interdictum utile* werde hier nicht dem directo entgegengesetzt, sondern heiße soviel als efficax.

L. 6. pr. D. h. t. Item quod dictum est, *fructus interea captos emtorem priorem sequi*, totiens verum est, *quotiens nullus emtor existit*, *qui meliorem conditionem afferat*, vel falsus existit: sin vero existit emtor posterior, fructus refundere priorem debere constat, sed venditori [17]): et ita JULIANUS libro XLVIII. Digestorum scripsit.

Soll jedoch das pactum addictionis in diem von Wirkung seyn, so wird dazu erfordert,

1) daß sich wirklich ein besserer Käufer finde. Dieser muß eigentlich ein Dritter, und nicht der Verkäufer selbst seyn. Eine Ausnahme findet jedoch in dem Falle Statt, wenn mehrere die Sache als Miteigenthümer verkauft haben. Hier kann auch einer der Mitverkäufer bessere Bedingungen anbieten. Denn er war nur Mitverkäufer zu seinem Antheile. Hier bietet er aber nicht blos auf diesen Antheil, sondern auf das Ganze.

L. 13. §. 1. D. h. t. Verum est autem, vel *unum ex venditoribus* posse meliorem adferre conditionem: emere enim cum tota re etiam nostram partem possumus.

Haben mehrere die Sache zusammengekauft, so kann auch einer von denselben ein besseres Gebot thun, um die Sache

17) Der neue Käufer kann diese Früchte nicht verlangen, welche der erstere Käufer in der Zwischenzeit gezogen hat. Der neue Käufer erhält blos die Sache, und weiter nichts. *L. 14. §. 4. D. h. t.* Emtorem, qui meliorem conditionem attulerit, praeter corpus nihil sequitur, quod venierit. Die von dem ersten Käufer gezogenen Früchte müssen also dem Verkäufer restituirt werden. S. POTHIER Pand. Iustinian. h. t. Nr. XVI. not. i.

Sache allein zu bekommen. Denn er ist in Ansehung des Antheils seines Mitkäufers als ein Dritter anzusehen. Aber auch in Ansehung seines eigenen Antheils findet das bessere Gebot Statt, weil es sich vom Ganzen nicht wohl trennen läßt. Der Kauf wird also dadurch auch in Ansehung seines Antheils resolvirt.

L. 18. *D. h. t.* Cum in diem duobus sociis fundus sit addictus, uno ex his pretium adjiciente, etiam pro ipsius parte a priore venditione discedi rectius existimatur.

Merkwürdig ist es, daß sogar ein Pupill auch ohne Auctorität seines Vormundes ein besseres Gebot mit der Wirkung thun kann, daß wenn ihn der Verkäufer annimmt, der erste Kauf dadurch aufgehoben wird.

L. 14. §. 3. *D. h. t.* Sed et si pupillus sine tutoris auctoritate pluris emerit, consentiente venditore, abbitur a priore emtione.

2) Daß der Verkäufer den bessern Käufer auch annehme. Denn da der Vertrag blos zu seinem Vortheil beygefügt ist, so hängt es auch von seiner Willkühr ab, ob er das bessere Gebot annehmen will, oder nicht. Ein Anders ist, a) wenn der Vertrag zu Gunsten des Käufers dergestalt geschlossen worden wäre, daß es diesem erlaubt seyn sollte, von dem Kaufe abzugehen, sobald sich ein neuer Käufer finden sollte. Hier kann der erste Käufer abgehen, wenn gleich der Verkäufer den neuen bessern Käufer nicht annehmen will. Jedoch muß dieses deutlich bestimmt und ausdrücklich verabredet seyn, daß der erste Handel aufgehoben seyn solle, sobald sich ein neuer Käufer

finden

finden wird, der Verkäufer möge ihn annehmen, oder nicht, weil sonst die Rechtsvermuthung entgegen stehet.

L. 9. D. h. t. SABINUS scribit, *licere venditori meliorem conditionem oblatam abiicere, sequique primam quasi meliorem.* Et ita utimur. Quid tamen, si hoc erat nominatim actum, *ut liceret resilire emtori meliore conditione allata*? Dicendum erit, dissolutam priorem emtionem, etiamsi venditor sequentem non admittat.

b) Wenn der Gläubiger ein Pfand sub lege addictionis in diem verkauft hat. Hier muß er den bessern Käufer annehmen, weil er sonst contra bonam fidem den Rechten des Schuldners etwas vergeben würde, dessen Stelle er beym Verkaufe des Pfandes vertritt.

L. 10. D. eodem. Sed si proponatur, a creditore pignus *in diem* addictum, non potest videri bona fide negotium agi, *nisi adjectio recipiatur.* Quid ergo est, si inops emtor, et impediendae tantummodo venditionis causa intervenit? Potest creditor sine periculo priori emtori addicere.

Haben mehrere zusammen eine Sache unter der addictio in diem verkauft, so ist entweder das Ganze für einen Preis verkauft worden; hier müssen sie alle den bessern Käufer annehmen; wenn daher auch nur einer dagegen ist, so bleibt der erste Handel gültig; oder sie haben ihre Antheile für verschiedene Preise verkauft; dann kann auch ein neues Gebot auf den einen Theil von dem einen Mitverkäufer angenommen werden, ohne daß es auf die Zustimmung des andern Mitverkäufers ankommt. Der erste Käufer giebt also den einen Theil heraus, und behält den andern. Denn hier macht jeder

jeder Kauf über jeden einzelnen Theil einen besondern Handel aus, und eines Jeden Antheil ist als ein besonderes Ganze anzusehen. Ist hingegen das verkaufte Ganze untheilbar, so kann einer der Mitverkäufer auf seinen Antheil eben so wenig ein neues Gebot annehmen, als wenn mir Jemand ein gewisses Ganze sub lege addictionis verkauft, und sich nachher blos zu einem Theile davon ein neuer Käufer meldet. Hier bleibt es bey dem ersten Kaufe. Zuweilen hat aber auch in dem Falle, da mir mehrere Theile eines gewissen Ganzen von Verschiedenen zu verschiedenen Preisen verkauft worden sind, keine Annahme eines neuen Gebots auf einzelne Theile statt, nämlich wenn ich mir ausdrücklich ausbedungen habe, daß ich das Ganze anders nicht als ein untheilbares Ganze gekauft haben wolle, und wenn ich dasselbe nicht, als ein solches, behalten könne, der ganze Kauf nicht gelten solle.

L. 11. §. 1. *D. h. t.* Item quod SABINUS ait: *Si tribus vendentibus, duo posteriori addixerint, unus non admiserit adiectionem, huius partem priori, duorum posteriori emtam*, ita demum verum est, si variis pretiis partes suas distraxerunt.

L. 12. *D. eodem.* Etsi dispares partes vendentium fuerint.

L. 13. *D. eodem.* Quodsi uno pretio vendiderint, dicendum est, totam priori emtam manere: quemadmodum si quis mihi totum fundum ad diem addixisset, postea vero pretio adiecto, dimidiam alii addixerit. CELSUS quoque *libro VIII. Digestorum* refert, MUCIUM, BRUTUM, LABEONEM, quod SABINUM, existimare. Ipse quoque CELSUS idem probat: et adjicit, mira-

mirari se, a nemine animadversum [18]), quod si prior emtor ita contraxit, *ut nisi totum fundum emtum nollet habere*, non habere eum eam partem emtam, quam unus ex sociis posteriori emtori addicere noluit.

§. 1003.

Wie lange kann ein besserer Käufer angenommen werden? Dem ersten Käufer steht der Vorkauf zu. Wegen eines vermutheten Betrugs findet die Eidesdelation Statt?

Ist bey der addictio in diem eine Zeit festgesetzt, so kann, so lange diese noch nicht verstrichen ist, noch immer ein besserer Käufer angenommen werden. Nimmt also auch der Verkäufer den erstern sich meldenden bessern Käufer nicht an; so ist dadurch der Kauf des ersten Käufers noch keinesweges bestätiget worden. Denn der Verkäufer kann noch immer einen bessern Käufer abwarten, und, wenn dieser sich noch vor dem Ablaufe der verabredeten Zeit meldet, sein Gebot noch annehmen. Wie aber, wenn der Verkäufer den neuen Käufer auch nur unter einer addictio in diem angenommen hätte; ist dadurch der Handel mit dem ersten Käufer aufgehoben, oder nicht vielmehr bestätiget? Die Römischen Rechtsgelehrten waren deshalb verschiedener Meinung. Sabinus behauptete das Letztere. Denn nach seiner Meinung soll eine zweyte Addiction nicht mehr Statt finden, weil man das kein besse-

18) Ganz richtig erklärt Accursius diese Stelle von dem Falle, von welchem *L. 11. §. ult. D. h. t.* die Rede war. Ihm stimmen auch *Ant.* FABER Rational. in L. 13. h. t. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XIII. not. c. und Westphal vom Kaufe §. 738. bey.

besseres Gebot nennen könne, bey welchem der zweyte Käufer nicht gesichert ist, sondern noch ein neues erwartet wird. Allein **Julian** lehrte in seinen Digesten, es komme hier vorzüglich auf die Uebereinkunft der Contrahenten an. Denn kein Gesetz steht einer öftern Addiction entgegen. Hat sich also der Verkäufer ausdrücklich vorbehalten, den neuen Käufer auch nur unter einer addictio in diem anzunehmen, so wird der Kauf des ersten Käufers, wenn sich ein neuer Käufer findet, aufgehoben. Denn meldet sich auch kein dritter höher Bietender, so bleibt nun die Sache dennoch dem zweyten Käufer, und findet sich ein dritter Käufer, so erhält sie dieser. Auf keinen Fall aber bleibt sie dann dem ersten Käufer, wofern er nicht das Nämliche leisten will.

L. 11. pr. D. de in diem add. Quod autem SABINUS scribit, fundum in diem addici non posse rursus, qui semel fuerit in diem addictus, ratione eiusmodi defendit: quia prioris, inquit, emtoris statim fit: scilicet quasi non videatur melior conditio allata, si non secure secundo emtori fundus addicitur, sed alia licitatio prospicitur. Sed JULIANUS *libro XV. Digestorum* scripsit, interesse multum, quid inter contrahentes actum sit: non impedire quicquam, vel hoc agi, ut saepius fundus collocetur: dum vel prima vel secunda vel tertia adjectione res a venditore discedat.

Es läßt sich also nicht mit **Westphal** [19]) behaupten, daß hier die Meinung des **Sabinus**, als ganz ungegrün-

19) Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe §. 735. Diese Meinung hatte auch schon *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. 7. c. 9. pag. 508.

gründet, wäre verworffen worden. Nein sie bleibt die Regel, nach welcher, wenn der erste sub addictione in diem geschlossene Kauf zurückgehen soll, der neue Käufer unbedingt angenommen werden müsse. Denn wird er auch nur mit Vorbehalt eines noch bessern Gebots angenommen, so wird dadurch der erste Kauf aus dem Grunde bestätiget, weil der Verkäufer durch die Annahme des neuen Käufers unter einer addictio in diem zu erkennen giebt, daß er auch mit dessen Gebot noch nicht zufrieden sey. Nur dann findet nach Julians Meinung eine Ausnahme Statt, wenn es ausdrücklich ist ausgemacht worden, daß der neue Käufer unter einer addictio in diem mit der Wirkung solle angenommen werden können, daß der erste Kauf dadurch aufgehoben wird [20]). Dann kann auch die Addiction öfters geschehen, ohne gerade, wie Anton Faber [21]) meint, auf dreymale beschränkt zu seyn [22]).

Ist keine Zeit bey der addictio in diem bestimmt, wovon *L. 41. D. de rei vindic.* ein Beyspiel giebt; so kann der Verkäufer binnen dreyßig Jahren noch immer einen bessern Käufer annehmen. Denn der Verkäufer macht sein Recht mit der actio venditi geltend, welche

 erst

20) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 18. §. *Sexta conditio.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

21) Rational. in Pand. ad L. 11. h. t.

22) Hiermit stimmt auch die Glosse ad h. L. überein, welche ad v. *Prospiciatur* bemerkt: *Hoc dixit* SABINUS; *sed* JULIANUS *corrigit, quando hoc esset actum, quod potest secundo, tertio, et* QUANDOCUNQUE *agi.*

erst in dreyßig Jahren präscribirt [23]). Jedoch kann die Verjährung der Klage nicht eher ihren Anfang nehmen, als von dem Augenblick an, da dem Verkäufer ein besseres Gebot geschehen ist, und er auch dasselbe angenommen hat [24]). Zu dem Ende ist es nöthig, daß der Verkäufer dem ersten Käufer von dem neuen Gebote Nachricht gebe. Denn der Verkäufer ist nur dann berechtiget, den ersten Kauf aufzuheben, wenn der erste Käufer die bessern Bedingungen des neuen Käufers nicht erfüllen will. Nimmt also der Verkäufer das neue Gebot an, so kann der erste Käufer ein gleiches Gebot thun, und sich dadurch die Sache erhalten. Denn ihm gebührt der Vorzug vor jedem neuen Käufer.

L. 7. D. h. t. Licet autem venditori, meliore allata conditione, addicere posteriori; *nisi prior paratus sit plus addicere.*

L. 8. D. eodem. Necesse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emtorem certiorem facere, ut, si quid alius adiecit, ipse quoque adiicere possit.

Daß der erste Käufer den zweyten überbieten müsse, wenn er die Sache behalten wolle, wie Ulrich Huber [25]), An=

23) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 4. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. HOMMEL ad *Mencken* doctr. de action. for. not. 634. pag. 221. und HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1966.

24) *Lud. God.* MADIHN ad *Mencken* doctr. de actionib. for. not. 643. pag. 324. und Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 43. S. 125.

25) Praelect. iuris civ. h. t. §. 5.

Anton Faber [26]) und Joseph Finestres [27]) behaupten wollen, läßt sich aus den angeführten Gesetzstellen nicht erweisen. Das *plus adiicere* beziehet sich offenbar nur auf das bessere Gebot des zweyten Käufers, und daß der erste Käufer nicht mehr, als der zweyte, leisten dürfe, erhellet aus der *L.* 8. *h. t.* deutlich. Es ist auch weder als eine besondere Begünstigung der Minderjährigen, noch als eine Folge der denselben zustehenden Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anzusehen, wenn Hermogenian in der *L.* 35. *D. de minorib.* sagt, der Minderjährige, welcher eine Sache sub pacto addictionis in diem gekauft, aber sich von einem bessern Käufer hätte vertreiben lassen, brauche nur, wenn er sein Restitutionsgesuch durch den Beweis, daß er ein besonderes Interesse habe, die Sache wieder zu erhalten, unterstützen könne, das id, *quod ex licitatione accessit*, dem Verkäufer anzubieten. Daß ein gleiches Gebbt hinreiche, um den neuen Käufer abzutreiben, erhellet endlich noch aus *L. ult. D. de iure fisci.* Diese Meinung, in welche überdem die meisten Rechtsgelehrten [28]) einstimmen, verdient auch

26) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XXIII. Err. 3.

27) In Hermogeniani iuris Epitomar. libros. Tom. I. ad L. 35. D. de minorib. §. 5. pag. 248. sq.

28) *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Tom. II. Lib. VII. c. 9. fol. 510. in fin. sq. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Ant.* SCHULTING Notae ad Dig. edit. a SCHMALLENBURG ad L. 35. D. de minorib. Tom. I. pag. 550. *Idem* Thes. controv. Decad. LXIV. Th. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 9. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XV. not. h. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. HOF-

auch schon darum den Vorzug, weil sie ganz der Natur dieses Vertrags gemäß ist. Denn blos um des bessern Gebots willen, kann der Verkäufer von dem ersten Kaufe abgehen, dieser Grund fällt aber weg, wennn der erste Käufer eben das leisten will, was ein Anderer nach ihm bietet. Fürchtet derselbe, daß wegen der angeblich angetragenen bessern Bedingungen ein Betrug Statt finde, so kann er sich der Eidesdelation bedienen, um hinter die Wahrheit zu kommen [29]). Hatte nun der Verkäufer wirklich Jemanden aufgestellt, der ein besseres Gebot zum Schein thun mußte, um die Sache durch diese Arglist wieder an sich zu bringen, oder um den erstern Käufer zu einer Nachzahlung zu bestimmen; so bleibt der erste Kauf gültig, weil man den untergeschobenen Käufer für keinen bessern Käufer halten kann [30]). Sollte jedoch der zweyte Käufer an der Gefährde des Verkäufers keinen Antheil genommen, sondern im Ernst ein Gebot gethan haben, was aber der Verkäufer fälschlich für besser ausgab, so haftet er nun wegen dieses Betrugs beyden Käufern in solidum.

L. 14. *pr. D. h. t.* Si venditor simulaverit meliorem allatam conditionem, cum minoris vel etiam tantidem alii venderet; utrique emtori in solidum erit obligatus [31])

Der

HOFACKER Prin. iur. civ. T. III. §. 1966. C. und Westphal vom Kaufe §. 736.

29) SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 3.

30) *L.* 4. §. 5. *D. h. t.*

31) Westphal vom Kauf. §. 727. u. 728.

Der erste Kauf wird also nicht aufgehoben, und doch gilt hier auch der zweyte, daher muß der Verkäufer dem zweyten Käufer, dem er den Kauf nicht halten kann, das Interesse leisten [32]). Wäre hingegen der neue Käufer wissentlich von dem Verkäufer aufgestellt worden, um durch ein zum Schein gethanes besseres Gebot die Sache an sich zu kaufen, und sie dann dem Verkäufer wieder abzutreten; so glaubt Cocceji [33]), der erste Kauf werde hierdurch aufgehoben, und der erste Käufer könne nur gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen. Allein auch hier kann der Betrug des Verkäufers den ersten Kauf eben so wenig, als in jenem Falle, vernichten, da der neue Käufer in bona fide ist. Denn ein betrüglicher Vertrag ist von keiner Wirkung [34]). Ein Anders wäre, wenn der erste Käufer den Verkäufer wissentlich verleitet hätte, einen neuen Käufer, der nachher nicht zahlen kann, statt seiner anzunehmen, um nur von dem Handel wieder loszukommen. Hier ist zwar der zweyte Kauf nicht ungültig, und folglich der erste aufgehoben. Allein der Verkäufer kann gegen den ersten Käufer actione venditi auf das Interesse klagen. Mit dieser Klage müssen auch die Früchte restituirt, und der von dem ersten Käufer an der Sache verursachte Schaden ersetzt werden.

L. 14.

32) CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 9. fol. 510. *b.* *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 14. pr. D. h. t. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

33) Cit. loc. Qu. 9.

34) *L.* 7. §. 9. *D. de pact.* L. 49. *pr. D. de act. emti et vend.* EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Qu. 9. not. a. p. 292. T. II.

L. 14. §. 1. *D. h. t.* Sed si emtor alium non idoneum subiecit, eique fundus addictus est: non video, inquit, quemadmodum priori sit emtus, cum alia venditio et vera postea subsecuta sit. Sed verum est venditorem deceptum ex vendito actionem habere cum priore emtore, quanti sua intersit, id non esse factum, per quam actionem et fructus, quos prior emtor percepit, et quo deterior res culpa vel dolo malo eius facta sit, recipiet venditor, et ita LABEONI et NERVAE placere.

§. 1004.

Klagen des Verkäufers wegen der Addiction.

Ist der erste Kauf durch Annehmung des neuen Käufers aufgehoben worden, so muß der erste Käufer die Sache mit allen in der Zwischenzeit gezogenen Früchten, und frey von aller Beschwerung zurückgeben [35]). Die Klage, welche dem Verkäufer deswegen zusteht, ist die actio venditi [36]) welche auch dann wenigstens der Früchte wegen begründet ist, wenn gleich der erste Käufer bereit ist, die angebotenen bessern Bedingungen des neuen Käufers zu erfüllen, und er also die Sache behält. Denn da der erste Kauf auf alle Fälle zurückgeht, so behält er die Sache jetzt nach einem neuen Handel. Er kann also die gezogenen Früchte nicht behalten [37]). Dagegen müssen aber auch

35) *L. 6. pr. D. h. t. L. 4. §. 3. D. eodem.* Westphal §. 743. et 744.

36) S. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 904. ff.

37) *L. 6. §. 1. D. t.* Westphal §. 747. HOFAKER. Princip. iuris civ. T. III. §. 1966.

auch dem Käufer alle auf die Sache verwandten nöthigen Kosten, so wie die Zinsen des schon bezahlten Kaufgeldes vergütet werden, und es steht ihm deshalb, so weit er sie nicht von den Früchten abzuziehen vermag, die actio emti zu [38]). Gegen den neuen Käufer hat er jedoch deshalb keine Klage, wenn er sich nicht von dem Verkäufer die Klage gegen denselben cediren läßt [39]). Ist die Sache unterdessen an einen Dritten veräussert worden, so kommt es darauf an, ob der Vertrag suspensiv oder resolutiv ist beygefügt worden. In dem ersten Falle kann sie schlechthin vindicirt werden. Denn der Verkäufer ist hier Eigenthümer geblieben. In dem letztern Falle hingegen ist es streitig, in wiefern die Reivindication Statt finde. Die meisten [40]) unterscheiden, ob bey dem Resolutiv-Vertrage verba directa, oder verba obliqua sind gebraucht worden. Nur in dem ersten Falle stehe dem Verkäufer die Reivindication zu; in dem letztern hingegen könne er sich nur der actio ex contractu bedienen. Man versteht aber unter verba directa solche Worte, welche anzeigen, daß der Contract ipso iure aufgehoben seyn solle, ohne Dazwischenkunft einer neuen Handlung. Z. B. wenn der Vertrag so gefaßt ist, daß der Kauf sofort gänzlich aufgehoben seyn, und für nicht geschlossen geachtet werden solle, wenn

38) Arg. *L. 29. §. 2. D. de aedilit. edicto. L. 13. §. 20. D. de act. emti et vend. L. 16. D. h. t.* VOET h. t. §. 5.

39) *L. 20. D. h. t.* Westphal §. 746.

40) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. HUBER Praelect. iuris civ. h. t. § 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. et 14. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XVIII. Tit. 1. §. 32. sq.

wenn sich ein besserer Käufer finden würde. Wenn hingegen der Vertrag mit solchen Worten abgefaßt ist, welche anzeigen, daß eine neue Handlung unter den Contrahenten erforderlich sey, wenn der erste Kauf aufgehoben werden solle, so nennt man diese Worte verba obliqua. Z. B. der Käufer solle schuldig seyn, das Gut dem Verkäufer wieder abzutreten, oder der Verkäufer behalte sich vor, von dem Contract wieder abzugehen, wenn sich ein besserer Käufer melden sollte. Allein dagegen haben schon andere [41]) erinnert, daß es bey den bonae fidei Contracten nicht auf die Förmlichkeit der Worte ankomme, und daß selbst in dem Falle, da verba directa gebraucht worden, in den Gesetzen [42]) nur actio venditi gestattet werde. Man müsse daher nach der Regel des Pomponius *L.* 6. §. 1. *D. de contr. emt.* in emtis et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est, mehr auf die Absicht der Contrahenten, als auf die Worte sehen. Die Reivindication finde daher nur dann Statt, wenn die Resolutiv-Bedingung so hinzugefügt worden, daß ihre Existenz das Geschäft rückwärts vernichten solle [43]). Noch andere [44]) behaupten, schon die Natur einer Resolutiv-

41) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de verbis directis et obliquis. §. 30. sqq.

42) *L.* 6. §. 1. *D. de contrah. emt.* *L.* 4. *D. de lege comm.* *L.* 3. *C. de pact. inter emtor. et vend. comp.*

43) BOEHMER Diss. de acquisitione fructuum. §. 16. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 5. et 7. not. v. w. x. et y. Thibaut System des Pandect. R. 2. B. §. 958. GÜNTHER Princip. iuris Rom. noviss. Tom. II. §. 1067. nr. I. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 905.

44) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. *Didac* COVAR-

lutiv-Bedingung bringe es mit sich, daß durch die Existenz derselben das Eigenthum, welches unter einer solchen Bedingung dem Käufer war übertragen worden, an den Verkäufer ipso iure zurückfalle, und daher demselben das Vindicationsrecht schlechthin zustehe, der Vertrag möge gefaßt seyn, wie er wolle. Diese Meinung hat besonders die Stelle aus **Ulpians** libro 17. ad Edictum oder *L. 41. pr. D. de rei vindicat.* für sich, wo es heißt: *Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione;* post allatam conditionem iam non potest *in rem actione* uti. **Anton Faber** [45]), der an keinen reditus dominii legalis glaubt, wendet zwar ein, es folge nicht, daß das Eigenthum, welches mit dem Eintritt eines bessern Käufers in der Person des erstern Käufers aufhört, ipso iure an den Verkäufer zurückfalle. Nein! dazu werde ein actus retrosimilis, das ist, eine Retrotradition erfordert [46]). Darum müsse der Verkäufer die actio personalis ex vendito anstellen, um den Käufer zu Retrotradition zu nöthigen [47]). Ein Rückfall des Eigenthums, welcher ohne Tradition blos vermöge des Vertrags ipso iure geschieht, lasse sich auf keine Weise gedenken. Denn sonst würde auch die Reivindication gegen

COVARRUVIAS a LEYVA Variar. Resolution. Lib. III. cap. 8. num. 1. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 34. und *Lud. Godf.* MADIHN ad *Mencken* doctr. de actionib. for. Not. 609. et 616. pag. 216. sq.

45) Rational. in Pand. ad L. 41. D. de rei vindicat.

46) **Faber** beruft sich hier auf *L. 1. Cod. Quando liceat ab emt. vendit. disced.* *L. 58. D. de pactis.*

47) *L. 3. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. composit.*

gen den Käufer Statt finden, gegen welchen doch diese Klage ausdrücklich versagt wird[48]). Allein dieser Einwurf ist des großen **Anton Faber** ganz unwürdig. **Ulpian** setzt ja hier einen solchen Fall voraus, da sich die sub pacto addictionis in diem verkaufte Sache in den Händen eines dritten Besitzers befindet. Denn sonst hätte die Frage nicht entstehen können, ob der erste Käufer die Sache noch vindiciren könne, nachdem sich ein neuer Käufer gemeldet, und der Verkäufer denselben angenommen hat. Wie kann also hier gegen den ersten Käufer auf Retrotradition einer Sache, die er nicht besitzt, geklagt werden? Ja wie kann von diesem das Eigenthum der Sache, welches in seiner Person durch die Anmeldung eines neuen bessern Käufers aufgehört hat, durch Retrotradition wieder an den Verkäufer gebracht werden? Es muß also wohl das Eigenthum an den Verkäufer, ohne Retrotradition, von selbst, vermöge des Resolutivvertrags, zurückfallen; folglich das Vindicationsrecht, welches hier dem ersten Käufer, nach aufgehobenem Kaufe, abgesprochen wird, dem Verkäufer zustehen. Daß die Reivindication nicht gegen den ersten Käufer nach aufgehobenem Kaufe Statt findet, wenn dieser die Sache noch besitzt, beweißt nichts dagegen. Gegen diesen kann natürlich keine andere Klage Statt finden, als die actio ex vendito, weil zwischen dem ersten Käufer und dem Verkäufer kein Streit über das Eigenthumsrecht entstehen kann; sondern alles auf den eingegangenen Vertrag ankommt, auf dessen Erfüllung gegen den ersten Käufer geklagt wird. Es ist demnach auch ganz irrig, wenn **Hellfeld**

48) *L. 3. Cod. cit.*

feld behauptet, die Reivindication finde gegen den dritten Besitzer nicht Statt, wenn der Vertrag unter einer resolutiven Bedingung ist geschlossen worden.

§. 1005.

Giebt es ein pactum addictionis in diem tacitum?

Das pactum addictionis in diem wird im Zweifel nicht vermuthet, sondern muß dem Kaufe ausdrücklich beygefügt werden, wenn es von Wirkung seyn soll. Wer also auf diesen Vertrag sich beruft, muß das Daseyn desselben beweisen. Eine Ausnahme findet jedoch bey Auctionen und Subhastationen Statt, bey welchen eine addictio in diem tacita bis zum letzten Zuschlage angenommen wird [49]). Es ist nicht nöthig, diese Ausnahme, wie viele [50]) thun, blos auf fiskalische Subhastationen einzuschränken. Der Fiskus hat nur das Vorrecht, daß wenn Sachen, die demselben gehören, versteigert worden sind, ein besseres Gebot auch noch nach dem Zuschlage angenommen, und hierdurch der erste Kauf wieder aufgehoben werden kann, sofern der Licitations-Termin noch nicht verstrichen ist [51]). Bey andern Subhastationen ist der Meistbietende

49) *L. ult. D. de iure fisci. L. 4. Cod. de fide et iure hastae fiscal. L. 1. Cod. de vendend. reb. civitatis.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. et 3. Thibaut System des Pand. R. 2. B. §. 958. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1067. in fin.

50) *Ios.* FINESTRES Hermogenian. pag. 247. *Iust.* MEIER Colleg. iur. argentorat. T. I. h. t. §. 4. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIII. Th. 29. not. *β.* HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1965. not. c.

51) Man vergleiche *L. 4. Cod. de fide et iure hastae fiscal.* mit *L. 1.*

bietende nach geschehenem Zuschlage gesichert, wenn auch gleich Güter der Städte auf diese Art veräussert worden sind [52]). Bey Auctionen und Subhastationen versteht sich also nach der Natur derselben eine addictio in diem bis zum erfolgten Zuschlage von selbst [53]). Es unterscheidet sich jedoch diese stillschweigende addictio von der bey einem Privatkaufe durch Vertrag verabredeten darin, daß bey derselben die Bedingung, unter welcher hier jedes Gebot angenommen wird, nämlich wenn Niemand vor Ablauf des Licitationstermins mehr bieten wird, immer eine blos suspensive ist, dahingegen eine addictio in diem expressa, sowohl unter einer resolutiven als suspensiven Bedingung geschehen kann [54]). Daher ist der Kauf bis zur erfolgten Adjudication noch unvollkommen. Hieraus folgt aber

L. 1. Cod. de vendend. reb. civitat. Man behauptet, die tempora, quae in fiscalibus auctionibus vel hastis statuta sunt, hätten gewöhnlich in einem Zeitraume von 20 Tagen bestanden. Arg. *Auth.* Hoc ius. *Cod. de SS. Eccles.* Man vergleiche hier vorzüglich *Franc. de* AMAYA Commentar. in tres posterior. libros Cod. Tom. I. ad L. 4. Cod. de fide et iure hastae fiscal. nr. 58. et 59. p. 86. sqq. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

52) *L. 21. §. ult. D. ad Municipalem.* S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. II. cap. 24. u. *Petr.* PERRENONIUS Animadversion. et var. Lect. iur. civ. Lib. I. cap. 16. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. I. pag. 612.)

53) *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. X. Obs. 353.

54) *Bened.* SCHMIDT Diss. de primo apud hastam licitatore post acceptatum secundum statim liberato, praes. *Ge. Frid.* DEINLIN def. *Altdorfii 1748.* §. 3.

aber nicht, wie viele [55]) irrig behaupten, daß vor erfolgtem Zuschlage dem Licitantem jederzeit freystehe, sein gethanes Gebot wieder zurückzunehmen. Denn bey jedem bedingten Versprechen muß ja der Promittent den Ausgang der Bedingung abwarten, und darf nicht pendente conditione nach Willkühr zurücktreten. So ist es auch bey der addictio in diem expressa [56]), welche unter einer suspensiven Bedingung ist beygefügt worden, und von dieser ist der Schluß auf die addictio tacita vollkommen gültig, wie **Berger** [57]) und **Wernher** [58]) mit mehreren gezeigt haben. Der Erstbietende bleibt daher an sein gethanes Gebot gebunden, so lange er von einem zweyten Licitanten nicht überboten worden ist, und wird nur dann erst von seiner Verbindlichkeit frey, wenn der Ueberbietende angenommen worden ist [59]). Denn auch bey den Subhastationen hängt es von der Willkühr desjenigen ab, zu dessen Vortheil die Subhastation geschieht, ob er das bessere Gebot des zweyten Licitanten annehmen will, oder nicht [60]). Denn warum sollte der Hasta nicht gleiches Recht

55) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Const. 32. Def. 45. Struben rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 28. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 10.

56) *L. 9. D. h. t.*

57) Resolut. Legg. Obstant. h. t. pag. 311. et Elect. Disceptation. for. Tit. 39. pag. 1145. sqq.

58) Obs. for. T. II. P. X. Obs. 353. nr. 13. sqq.

59) *Bened.* SCHMIDT cit. Diss. §. 6. et 7. und *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 5.

60) SCHMIDT cit. Diss. §. 5. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 958. Nr. 3.

Recht mit einem Privatverkäufer zustehen? Es steht aber auch hier dem Erstbietenden frey, durch ein gleiches Gebot den Ueberbietenden zu vertreiben [61]). Ganz unrichtig ist hingegen die Behauptung, daß der erste Licitant auch noch nach der Annehmung des zweyten bis zur erfolgten Adjudication verbunden bleibe, wenn etwa der zweyte Licitant insolvent seyn sollte [62]). Die *L. 14. §. 2. D. h. t.* lehrt ganz das Gegentheil, und es ist kein Grund vorhanden, warum die Hasta hier mehr zu begünstigen seyn sollte, als ein Privatverkäufer [63]).

61) Es findet hier die *L. 7. D. h. t.* allerdings Anwendung. S. SCHMIDT cit. Diss. §. 4.

62) Der älteste Vertheidiger dieser Meinung ist Bartolus. Mit vergeblich verschwendeter Gelehrsamkeit hat sie *Io.* SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercitat. XXX. §. 49—51. zu vertheidigen gesucht.

63) Man sehe hier wieder SCHMIDT cit. Diss. §. 10. Daß auch die Praxis hiermit übereinstimmt, erhellet aus BERLICH Conclus. pract. P. I. Concl. LXXXI. nr. 178. PHILIPPI de subhastation. cap. III. Comm. 16. nr. 108. BRUNNEMANN Comm. ad Pand. ad L. 11. D. h. t. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. BEYER Position. ad D. h. t. Posit. 6.

Lib. XVIII.

Lib. XVIII. Tit. III.
De lege commissoria.

§. 1006.

Begriff der lex commissoria beym Kaufcontract.

Gewöhnlich zum Besten des Verkäufers wird beym Kaufe auch VIII. das sogenannte *pactum commissorium* oder die *Lex commissoria* beygefügt, worunter derjenige Nebenvertrag verstanden wird, durch welchen die Partheyen mit einander ausgemacht haben, daß der Käufer auf den Fall der nicht zur gehörigen Zeit geschehenen Abtragung des Kaufpreises seines Rechts aus dem Contract verlustig seyn solle [64]). Das älteste Beyspiel eines unter die-

64) Der allgemeine Begriff vom commissorischen Vertrage ist schon an einem andern Orte, nämlich Theil 14. §. 869 gegeben worden. Von der lex commissoria beym Kaufcontract handeln *Io. Henr.* MEIER Diss. de L. C. venditione adiecta. *Erford.* 1718. *Henr.* HILDEBRAND Lex commissoria venditioni adiecta. *Altorfii* 1716. *Io. Wilh.* ENGELBRECHT Diss. de lege commissoria contractui pignoratitio illicite, et emtioni venditioni aliisque contractibus licite adjecta. *Helmst.* 1739. *Io. Wilh.* van MUSSCHENBROECK Specim. de natura legis commissoriae venditionibus saepe additae (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. p. 636. sqq.)

diesem Vertrage geschlossenen Kaufs führt Cornelius Nepos an [65]). Es kann jedoch dieser Vertrag auch zum Besten des Käufers beygefügt werden, daß nämlich der Verkäufer sein Recht aus dem Contract verwirkt haben wolle, wenn er die verkaufte Sache oder Waare nicht zur gehörigen Zeit übergeben würde [66]). Jener Fall scheint jedoch der gewöhnlichste zu seyn, denn des letzteren wird weder in den Gesetzen dieses Titels, noch irgendwo gedacht [67]). Es kann aber in dem ersten Falle auch noch ausgemacht werden, daß wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zu gehöriger Zeit bezahlen würde, der geschlossene Handel nicht nur ungültig seyn, sondern der Käufer auch den Schaden vergüten solle, wenn etwa der Verkäufer nachher die Sache an einen Andern für einen geringern Preis zu verkaufen genöthiget würde [68]). Ob der commissorische Ver-

und *Io.* WILKENS Diss. de lege commissoria emtionis venditionis. *Goett.* 1786.

65) *Vita Attici* cap. 9. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXV. Th. 1. hat diese Stelle erläutert.

66) Westphal vom Kaufe §. 689.

67) Mit Recht sagt *Ge. Sam.* MADIHN in Diss. de effectu legis commissoriae parte pretii soluta. *Halae* 1755. §. 1. in fin. notae ad eund. *Caeterum quidem extra dubitationem est, legem commissoriam tam in favorem emtoris, quam venditoris adiici posse, tamen si Rom. ius respicimus, LL. pro venditore tantum pactum commissorium admisisse videntur.* Er giebt daher folgenden Begriff: LEX COMMISSORIA insolvit *pactum emtioni venditioni adiectum, ut vi eiusdem ius ex contractu translatum revocetur, si alter contrahentium obligationi suae satis non facit.*

68) *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* In commissoriam etiam hoc solet convenire, *ut si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendi-*

Vertrag nur eine resolutive Bedingung enthalte, oder auch unter einer suspensiven Bedingung geschlossen werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere [69]) behaupten, es werde durch diesen Vertrag die Perfection des Contracts nicht suspendirt, sondern nur die Aufhebung desselben davon abhängig gemacht. Diese Meinung hat 1) den Ausspruch Ulpians für sich, welcher L. 1. *D. h. t.* sagt: Si fundus lege commissoria venierit, magis est, *ut sub conditione resolvi emtio*, *quam sub conditione contrahi videatur.* Ganz damit übereinstimmend lehrt 2) Paulus L. 2. §. 3. *D. Pro emtore:* SABINUS, si sic emta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia: sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio? Si conventio est, *magis resolvetur, quam implebitur.* Verbindet man noch 3) die *L.* 2. *D. de in diem addict.* mit *L.* 1. *D. h. t.* welche beyde Fragmente aus Ulpians libro 28. ad Sabinum genommen sind, so ergiebt sich daraus, daß Ulpian daselbst das pactum commissorium und addictionis in diem erklärt, und bey beyden die Frage entscheidet,

 ob

vendiderit, id a priore emtore exigat. Erit itaque adversus eum *ex vendito* actio.

69) *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VII. cap. 9. Tom. II. fol. 506. b. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 7. D. h. t. §. 2. et 3. pag. 455. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 4. MADIHN Diss. de effectu legis commissoriae §. 2. ENGELBRECHT cit. Diss. §. 15. WILCKENS cit. Diss. §. 5. et 6. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1967. u. a. m.

ob der Kauf dadurch ein bedingter Vertrag werde, oder nicht. Bey dem pacto addictionis in diem, sagt er, komme alles auf die Uebereinkunft der Partheyen an, vermöge derselben könne die Bedingung desselben entweder eine resolutive, oder suspensive seyn; allein bey dem pacto commissorio macht Ulpian, welches sehr merkwürdig ist, diesen Unterschied nicht, sondern sagt geradezu, der Vertrag sey mehr resolutiv, als suspensiv. Hierzu kommt endlich noch 4) daß nicht nur alle Gesetze dieses Titels, welche der lex commissoria gedenken, sondern auch andere Stellen der Pandecten, in welchen davon die Rede ist, überall einen perfecten Kauf voraussetzen, dessen Aufhebung blos von jener Bedingung abhängig gemacht worden ist [70]). Demohngeachtet behaupten andere [71]), daß der commissorische Vertrag auch eben so gut suspensiv geschlossen werden könne, nämlich so, daß der Kauf nur erst dann für gültig und perfect gehalten werden solle, wenn der Käufer das Kaufgeld bezahlt haben wird. Daß dieses auch dem Röm. Rechte gemäß sey, soll die *L.* 38. §. *ult. D. ad Leg. Falcidiam* beweisen, wo Hermogenian sagt: servum *sub lege commissoria* distractum, item ad diem addi-

70) *L.* 2. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 8. *D. h. t. L.* 23. *in fin. D. de obligat. et act. L.* 38. *pr. D. de minorib.*

71) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. 1. et 3. Tom. II. *Oper.* pag. 399. *van* MUSSCHENBROECK cit. Specim. Cap. 1. §. *Si porro* pag. 642. sqq. *Elb.* LEONINUS Emendat. Lib. IV. cap. 16. POTHIER Pandect. Iustinian. T. II. Lib. XXXV. Tit. 2. Nr. XX. not. c. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 541. Westphal vom Kauf §. 691. Thibaut System des Pand. R. 2. B. §. 959. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 1062.

addictum *in venditoris dominio* connumerari. Allein es ist hier nur davon die Rede, was bey der Berechnung der Falcidie zum Nachlaß zu rechnen sey. Ist nun eine Sache verkauft worden, aber so, daß sie wegen des angehängten commissorischen Vertrags oder wegen der addictio in diem wieder an den Verkäufer zurückfällt, so wird sie darum noch als ein Theil des Nachlasses angesehen, weil die dem Verkäufer deshalb zustehende Klage unstreitig zu seinem Vermögen gehört [72]). Es ist also aus dieser Gesetzstelle nicht zu ersehen, daß der commissorische Vertrag auch unter einer suspensiven Bedingung geschlossen werden könne. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist doch auch nicht anzusehen, warum nicht der commissorische Vertrag eben sowohl suspensiv, als resolutiv hinzugefügt werden könnte. Alle für die erstere Meinung angeführten Gesetze beweisen doch nur soviel, daß der Vertrag im Zweifel für resolutiv zu halten sey. Keinesweges aber ist zu behaupten, daß eine suspensive Bedingung der Natur des Vertrages zuwider sey. Das Wort *committere*, so verschieden auch die Erklärung der Rechtsgelehrten darüber ist [73]), deutet doch wenigstens nicht nothwendig auf einen perfecten Contract hin.

§. 1007.

72) S. FINESTRES *Hermogenian.* ad L. 7. D. h. t. §. 3. p. 455. und Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1195.

73) Man sehe den 14. Th. dieses Commentars §. 869. Not. 56. S. 86.

§. 1007.

Erfordernisse des commissorischen Vertrags. I. Bestimmung einer Zahlungszeit. II. Völliger Ablauf derselben.

Soll der commissorische Vertrag von Wirkung seyn, so wird dazu erfordert, I. daß ein Zahlungstermin bestimmt worden sey. Gewöhnlich wird zwar derselbe im Vertrage bestimmt [74]); allein zur wesentlichen Form des Vertrages ist dieses nicht gerade nothwendig [75]). Es kann der Vertrag auch, ohne Nachtheil seiner Wirksamkeit, so geschlossen werden, daß der Verkäufer, bey ausbleibender Bezahlung des Kaufgeldes, nicht weiter an den Contract gebunden seyn wolle, wenn auch übrigens keine weitere Zahlungszeit ist festgesetzt worden. Man erfordert aber doch in einem solchen Falle mit Recht, daß der Käufer von dem Verkäufer gemahnt werden müsse, um denselben in einen solchen Verzug zu versetzen, daß die Strafe des commissorischen Vertrags zur Anwendung gebracht werden kann [76]). Man behauptet auch, daß selbst nach geschehener Interpellation nicht sogleich auf Realisirung des Vertrags geklagt, sondern zuvörderst dem Käufer noch eine kurze Frist gesetzt werden müsse; welche allenfalls in zwey Monaten bestehen, oder der Richter nach der Billigkeit bestim-

74) *L.* 2. *L.* 4. *pr. L.* 5. *D. h. t.*

75) Arg. *L.* 3. *D. de contrah. emt.* *L.* 41. *pr. D. de rei vind.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. HILDEBRAND Diss. cit. §. 9. et 10. WILKENS Diss. cit. §. 9.

76) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. 1. in fin. pag. 399. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 38. et MÜLLER ad *Eundem* not. β.

bestimmen kann [77]). Hier findet auch noch bis zur Anstellung der Klage morae purgatio Statt [78]). Ist hingegen gleich Anfangs ein Zahlungstermin bestimmt, so tritt sogleich mit dem Ablaufe desselben der Verzug mit seinen Folgen ein, ohne daß es hier einer weitern Mahnung des Käufers bedarf [79]). II. Es muß der Zahlungstermin ganz bis auf die letzte Minute verstrichen seyn [80]). Denn die Zeit wird hier de momento ad momentum gerechnet [81]). Auch die letzte Minute, in welcher die Bezahlung des Kaufgeldes erfolgte, kommt daher dem Käufer noch zu statten.

§. 1008.

III. Mora des Käufers.

Soll der commissorische Vertrag Anwendung finden, so muß III. vor Ablauf des bestimmten Termins die Bezah-

77) Arg. *L.* 31. §. 22. *D. de Aedilit. Edicto.* *L.* 38. *D. de minor.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Iac.* CUJACIUS Tract. VII. ad Africanum ad L. 23. D. de obligat. et act. circa fin. HILDEBRAND cit. Diss. §. 12. *van* MUSSCHENBROECK cit. Diss. Cap. I. pag. 641. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 959.

78) *L.* 21. §. *ult. D. de recept.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

79) *L.* 4. §. *ult. D. h. t.* Es heißt hier, dies pro homine interpellat. *L.* 12. *Cod. de contrah. stipulat.* *L.* 2. *C. de iure emphyt.* *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. select. for. Specim. III. Obs. 77.

80) Arg. §. 2. *I. et L.* 42. *D. de Verb. obligat. et L.* 38. *pr. D. de minorib.* LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 17.

81) *L.* 2 *D. de div. et temp. praescript.* SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 3.

Bezahlung des Kaufgeldes, ohne Schuld des Verkäufers, nicht erfolgt seyn. Daß den Säumigen Niemand gemahnt habe, kann ihm, wenn der Zahlungstermin im Vertrage bestimmt worden ist, zu keiner Entschuldigung gereichen. Der Käufer ist vielmehr verbunden, dem Verkäufer zu rechter Zeit die Zahlung selbst anzutragen, ohne Mahnung von dem Verkäufer zu erwarten. Ulpian bemerkt zwar *L. 4. §. ult. D. h. t.* MARCELLUM dubitasse, commissoria utrum tunc locum habeat, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit? Allein er erklärt sich gegen diese Meinung ganz bestimmt, wenn er sagt: Et magis arbitror, *offerre eum debere*, si vult se legis commissoriae potestate solvere. Eine Interpellation des Käufers würde auch dem Verkäufer zum Nachtheil gereichen. Denn vor dem Eintritt des Zahlungstermins wäre sie unzeitig, und nach Ablauf desselben würde sie eine Entsagung auf die lex commissoria enthalten [82]. Eben so wenig sichert den Käufer eine bloße Abschlagszahlung, selbst wenn er den größten Theil des Kaufgelds vor dem Ablauf des Zahlungstermins abgetragen hätte, wenn nicht das Ganze bezahlt worden ist [83]. Denn eine theilweise, selbst beynahe vollständige Erfüllung einer Contractsverbindlichkeit wird in ihren rechtlichen Folgen einer gänzlichen Nichterfüllung gleichgeachtet

82) *L. 7. D. h. t.* S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. §. ult. D. h. t.

83) Arg. *L. 6. §. 2. D. h. t. L. 25. §. 13. D. Famil. ercisc. L. 47. D. de action. emti et vend.* LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 17. Nr. II. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1968. und Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 959.

tet [84]). Das Canonische Recht hat hierin nicht, wie einige [85]) behaupten wollen, das römische Recht abgeändert. Denn das *Cap. 9. X. de poenis* [86]), worauf man sich beruft, redet nur von dem Falle, wenn der Richter die Erfüllung einer Verbindlichkeit unter Androhung einer Strafe befohlen hat. Hier fällt die Strafe weg, wenn der größte Theil der Verbindlichkeit erfüllet ist. Es wird jedoch immer vorausgesetzt, daß der Verkäufer nicht selbst daran Schuld seyn müsse, daß der Käufer nicht zur rechten Zeit Zahlung leistete. Denn ist dieses, so verliert der commissorische Vertrag seine Kraft. War daher der Verkäufer abwesend, ohne einen Bevollmächtigten zu hinterlassen, welchem die Zahlung hätte geleistet werden können, oder der Verkäufer verweigerte die Annehmung der ihm zu rechter Zeit angebotenen Zahlung ohne hinlänglichen Grund, so kann gegen den Käufer von dem commissorischen Vertrage kein Gebrauch gemacht werden. Eben dieses gilt in dem Fall, wenn der Richter dem Käufer die Zahlung verbot [87]). In diesen Fällen ist zwar eine gerichtliche Hinterlegung der schuldigen Summe anzurathen, allein nothwendig

84) *L. 5. §. 3. et 4. L. 85. §. 6. D. de verbor. obligat.* BARTHCHESIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 50. nr. 107. pag. 246. Thibaut System des P. R. 1. B. §. 106. der 4. Ausgabe.

85) ALTESERRA Innocent III. ad cap. 9. X. de poenis pag. 605. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. Corol. 3. und Schmidt im Lehrbuche von Klagen und Einreden §. 908. Not. x.

86) Man sehe über diesen Text GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretal. Tom. V. pag. 551.

87) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. und LAUTERBACH Colleg. h. t. §. 17. nr. III.

wendig ist sie nicht zur Vernichtung der commissorischen Kraft; wenn nur auf andere Art bewiesen werden kann, daß der Käufer zur Zahlung bereit gewesen, allein durch den Verkäufer sey gehindert worden, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, wie aus folgenden Gesetzstellen zu ersehen ist.

L. 4. §. *ult. D. h. t.* Quodsi non habet, cui offerat, posse esse securum.

L. ult. D. eodem. Mulier fundos Cajo Sejo vendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae, quibus si non paruisset emtor, pactus est, *ut arrham perderet, et inemtae villae essent*: die statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsoluere, et facculum cum pecunia signatorum signis obsignavit; defuisse autem venditricem: posteriore autem die nomine fisci testato conventum emtorem, *ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret.* Quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a vinditrice vindicari debeant ex conventione venditoris? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non commisisse in legem venditionis emtorem.

Der Käufer hatte in dem Falle, wovon das Gesetz redet, die Vorsicht getroffen, in Gegenwart einiger Zeugen zu erklären, daß er an dem festgesetzten Zahlungstage sich mit dem Gelde in dem Hause des Verkäufers eingefunden habe, und zur Bezahlung der ganzen Kaufsumme bereit gewesen sey, aber daselbst Niemanden, dem er habe zahlen können, angetroffen habe, und dann das Geld mit seinem und der Zeugen Pettschaft versiegelt. Deponirt hatte er aber das Geld nicht. Deßwegen war seine

Schuld-

Schuldverbindlichkeit dadurch noch nicht getilgt, sondern er war jetzt nur gegen die Folgen des commiſſoriſchen Vertrags gesichert, weil ihm nun kein Verzug zur Last fiel. Daher erklärt sich nun auch, wie dem Käufer das Verbot zugehen konnte, der Verkäuferin, wegen des von dem Fiscus ausgewirkten Arrests, keine Zahlung zu leisten. Es beweißt aber auch dieser dem Käufer zur weitern Entschuldigung gereichende Umstand, daß der gehinderte Käufer dennoch schuldig sey, sich mit der Bezahlung einzufinden, sobald das Hinderniß aufhört, wenn er nicht noch in die Strafe der lex commiſſoria fallen will [88]). Voet [89]) glaubt zwar, es sey eine gerichtliche Hinterlegung nöthig, um aller Strafe zu entgehen. Allein die *L. 7. Cod. de pact. inter emtor. et venditor.* worauf er sich beruft, schreibt dieses nicht vor, wie aus folgenden Worten klar erhellet. Si a te comparavit is, cuius meministi, et convenit, ut, ſi intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſit res inemta: remitti hanc conventionem reſcripto noſtro non iure petit. *Sed ſi ſe ſubtrahat, ut iure dominii eandem rem retineat, denunciationis et obſignationis depoſitionisque remedio contra fraudem* POTES *iuri tuo* CONSULERE. Es ist zwar hier eigentlich von dem commiſſoriſchen Vertrage gar nicht die Rede; aber doch von einem Vertrage, wodurch die Aufhebung eines geschlossenen Kaufs auch von einer Zahlung war abhängig gemacht worden, welche binnen einer gewissen Zeit geschehen mußte. Sollte in diesem Falle der Käufer arglistig die Zahlung hindern, um die

88) Westphal vom Kaufe §. 699.

89) Comm. ad. Pand. h. t. §. 5.

die Kraft des Vertrags zu vereiteln, so wird die Versiegelung und Deposition des Geldes blos als Cautel empfohlen [90]. Daß die lex commissoria noch zur Anwendung gebracht werden kann, wenn zwar anfänglich der Verkäufer die Zahlung aufhielt, der Käufer aber nachher sich säumig finden ließ, lehrt noch insonderheit die *L. 51. §. 1. D. de action. emt. et vendit*, wo Labeo sagt: Quodsi fundum emisti, *uti des pecuniam Calendis Iuliis*: etsi ipsis Calendis per venditorem esse factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per te staret, quo minus solveres: *uti posse adversus te lege sua venditorem*, dixi; quia in vendendo hoc ageretur, ut quandoque per emtorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, *legis poenam patiatur*. Dem Verkäufer darf nur aber keine Arglist dabey zur Last fallen. Daher setzt Javolen, welcher des Labeo libri Posteriorum, aus denen diese Stelle genommen ist, epitomirt hat, noch hinzu: Hoc ita verum puto, *nisi si quid in ea re ventor dolo fecit*. Z. B. der Verkäufer nahm die Bezahlung an dem bestimmten Termin darum nicht an, um sie zu einer Zeit zu fordern, wo er wußte, daß der Käufer nicht sogleich werde Rath schaffen können [91]. Auf keinen Fall kann jedoch den Käufer der Vorwurf einer Säumniß treffen, so lange der Verkäufer selbst den Contract noch nicht in allen Puncten erfüllet hat. Denn wie kann er hier den Käufer eines Verzugs beschuldigen, wenn er seiner Seits noch Puncten des Contracts nachzukommen hat? Dahin gehört z. B. wenn der Verkäufer noch

90) Westphal vom Kaufe §. 700.

91) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. III. not. d. et e.

noch vor der Bezahlung des Kaufgeldes wegen der Entwährung Caution zu leiſten ſich verbindlich gemacht, aber binnen der dem Käufer geſetzten Zeit nicht geleiſtet hat, wie aus folgender Geſetzſtelle erhellet. *L.* 10. §. 1. *D. de reſc. vendit.* Emtor praediorum, cum ſuſpicaretur, Numeriam et Semproniam controverſiam moturas, pactus eſt cum venditore, ut ex pretio aliqua ſumma apud ſe maneret, donec emtori fideiuſſor daretur a venditore. Poſtea venditor eam legem inſeruit, *ut, ſi ex die pecunia omnis ſoluta non eſſet, et venditor ea praedia veniſſe nollet, invendita eſſent.* Interea de adverſariis alteram mulierem venditor ſuperavit: cum altera transegit, ita ut ſine ulla quaeſtione emtor praedia poſſideret. Quaeſitum eſt, cum neque fideiuſſor datus est, nec omnis pecunia ſecundum legem ſuis diebus ſoluta ſit, an praedia invendita ſint? Reſpondit: Si conveniſſet, *ut non prius pecunia ſolveretur, quam fideiuſſor venditi cauſa daretur,* nec id factum eſſet, cum per emtorem non ſtaret, quominus fieret, non poſſe poſteriorem legis partem exerceri. In dem Falle, welchen **Scävola** hier entſcheidet, ſchien zwar die verſprochene Cautionsleiſtung nicht mehr nöthig zu ſeyn, weil die von Seiten der im Geſetz genannten beyden Frauensperſonen zu beſorgenden Anſprüche abgethan waren. Allein es war einmal ausgemacht worden, daß das Kaufgeld nicht eher bezahlt werden ſollte, als bis die Caution geleiſtet ſeyn würde. Der Käufer konnte ſich alſo mit Recht an den Contract halten, zumal da das Verſprechen des Verkäufers, einen Bürgen zu ſtellen, nicht gerade auf die Perſon der beyden Weiber, welche damals Anſprüche an den verkauften Grundſtücken machten, beſchränkt worden,

ſon-

sondern allgemein geschehen war, mithin dem Käufer immer noch in andern Fällen von Nutzen seyn konnte [92]). Es kann auch wohl seyn, wie Westphal [93]) glaubt, daß vielleicht zu der Zeit, da die Zahlung geschehen sollte, der Streit mit den Weibern noch nicht beygelegt gewesen, und also wenigstens damals die Bürgschaft dem Käufer noch nöthig gewesen sey.

§. 1009.

Wirkung des commissorischen Vertrags.

Die Wirkung des commissorischen Vertrags beym Kaufcontract hängt davon ab, ob der Vertrag unter einer resolutiven oder suspensiven Bedingung geschlossen worden ist [94]). In dem ersten Falle, welches der gewöhnliche ist, ist der Kauf gleich perfect [95]). Gefahr und Eigenthum der Sache geht daher auf den Käufer über, oder der Käufer wird wenigstens durch die Uebergabe in die Lage versetzt, die Sache usucapiren zu können [96]). Sabinus glaubte zwar, die Usucapion trete erst von der Zeit an ein, da das Kaufgeld bezahlt worden. Allein seine Meinung ward verworfen [97]). Dem Käufer gehö-
ren

92) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad Lib. 10. D. de resc. vendit.

93) Lehre des gem. Rechts vom Kauf §. 703. a. E.

94) VOET Comm. h. t. §. 1.

95) *L. 1. D. h. t.*

96) *L. 2. in fin. D. h. t. L. 74. D. de contrah. emt. L. 1. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. compos.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10.

97) *L. 2. §. 3. D. Pro. emtore.* S. Dabelow über die Verjährung 1. Th. §. 70. Not. g. S. 332. ff.

ren auch in der Zwischenzeit alle Früchte der Sache [98]). Das Gegentheil von dem allen aber findet Statt, wenn der Vertrag suspensiv geschlossen worden ist. Hier bleibt die Sache bis zur erfolgten Bezahlung des Kaufgeldes ein Eigenthum des Verkäufers mit allen rechtlichen Folgen desselben. Kurz es ist hier eben so, wie oben (§. 1002.) beym pacto addictionis in diem bemerkt worden ist. Erfolgt nun die Bezahlung des Kaufgeldes in dem bestimmten Termin nicht, so verliert der Käufer sein Recht aus dem Contract dergestalt, als ob der Contract nie geschlossen worden wäre [99]). Der Verkäufer ist nun nicht mehr dem Käufer aus dem Contract verbindlich, sondern er kann den ganzen Handel aufheben, und der Käufer muß die Sache mit allen Zubehörungen und gezogenen Früchten zurückgeben. Daß er auch die verursachten Deteriorationen vergüten müsse, versteht sich. Er verliert ferner das Handgeld (arrha), und was er sonst, des geschlossenen Kaufs wegen, an Kosten oder Geschenken, z. B.

98) *L. 5. D. h. t.* Lege fundo vendito dicta, *ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inemta sit:* de fructibus, quos interim emtor percepisset, hoc agi intelligendum est, *ut emtor interim eos sibi suo quoque iure perciperet.* S. *Ge. Lud.* BOEHMER Theor. gen. de acquisitione fructuum. §. 18.

99) *L. 4. pr. D. h. t.* sagt: *finita est emtio.* Aber nicht venditio. Denn der Verkäufer kann noch, wenn er will, auf die Bezahlung des Kaufgeldes klagen. Daher sagt Pomponius *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt.* Apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset: non ut omnis obligatio emti et venditi utrique solveretur.

B. für die Frau und Kinder des Verkäufers, verwendet hat; nicht aber den voraus bezahlten Theil des Kaufgeldes, wofern er nicht als ein Handgeld gegeben, oder der Verlust desselben zur ausdrücklichen Bedingung gemacht ward. In diesem Falle darf dann aber auch der Käufer die genossenen Früchte behalten. Auf keinen Fall ist jedoch der Käufer berechtiget von dem voraus bezahlten Theile des Kaufgeldes Zinsen zu fordern. Diese hier vorgetragenen Sätze sind zwar nicht durchaus von allen Rechtsgelehrten angenommen, wie nachher gezeigt werden wird; allein die Richtigkeit derselben wird sich aus folgenden Gesetzstellen ergeben.

L. 4. pr. D. h. t. Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, *ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemtus fieret*: videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint? itemque si deterior fundus effectus sit facta emtoris? Et quidem finita est emtio; sed iam decisa quaestio est, *ex vendito actionem competere*, ut rescriptis Imperatoris ANTONINI et D. SEVERI declaratur.

L. 4. §. 1. D. eodem. Sed, quod ait NERATIUS, habet rationem: *ut interdum fructus emtor lucretur, cum pretium, quod numeravit, perdidit.* Igitur sententia NERATII tunc habet locum, quae est humana, *quando emtor aliquam partem pretii dedit.*

L. 5. D. h. t. Lege fundo vendito dicta, *ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inemta sit*: de fructibus, quos interim emtor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emtor interim eos sibi

suo

suo quoque iure perciperet. *Sed si fundus revenisset,* ARISTO existimabat, *venditori de his iudicium in emtorem dandum esse: quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.*

L. 6. pr. D. eodem. De lege commissoria interrogatus, ita respondit: Si per emtorem factum sit, quominus lege pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, *et id, quod arrhae, vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.*

L. 6. §. 1. D. eodem. Idem respondit, si ex lege inemti sint fundi, nec id, *quod accessurum dictum est,* emtori deberi.

Diese Gesetze sind nun aber freylich nicht von allen Rechtsgelehrten auf gleiche Art verstanden worden. Man streitet sich nämlich darüber, 1) ob der Verlust der Arrha mit der Aufrufung des Geschäfts schon als rechtliche Folge verknüpft sey, oder nicht vielmehr durch den Vertrag ausdrücklich bedungen seyn müsse? Mehrere [100]) behaupten das letztere aus dem Grunde, weil die Arrha, welche nach abgeschlossenem Kaufe gegeben wird, auf den Kaufpreis abgerechnet werde, und also, wenn der Kauf rückgängig gemacht wird, zurückgegeben werden müsse, wenn nicht ein Anderes verabredet worden sey. Eben dieses, sagt man, bestärken auch die Gesetze, welche immer einen ausdrücklichen Vertrag voraussetzen, wenn der Käufer das Hand-

100) *Ge. Sam.* MADIHN Diss. de effectu legis commissoriae §. 7. WILKENS Diss. de lege commissoria emtionis venditionis §. 15. und Westphal vom Kaufe §. 713.

Handgeld verlieren soll. Man beruft sich deswegen auf die *L. 8. D. h. t.*, wo Scävola folgenden Fall vorträgt: Mulier fundos Caio Seio vendidit, et acceptis *arrhae nomine* certis pecuniis, statuta sunt tempora solutione reliquae pecuniae, quibus si non paruisset, *emtor* PACTUS *est, ut arrham perderet, et inemtae villae essent.* Von einem solchen Vertrage rede auch die *L. 1. Cod. de pactis inter emtorem et venditor.* wo Kaiser Antonin rescribirt: *Si ea lege* praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, *emtrix arrhas perderet*, et dominium ad te pertineret: fides contractus servanda est. Man hält überdem diese Strafe für zu hart. Genug, daß der Käufer alle Rechte verliere. Daß auch der Verkäufer sich noch mit seinem Schaden bereichern solle, sey unbillig. Von einem solchen Vertrage müsse denn auch die oben angeführte *L. 6. D. h. t.* um so mehr verstanden werden, weil sonst Scävola mit sich selbst im Widerspruche stehen würde. Allein alle diese Gründe sind nicht überzeugend. Man kann immerhin zugeben, daß das bey einem unter der lex commissoria geschlossenen Kaufe gegebene Handgeld eine arrha pacto perfecto data sey; es ist auch an sich richtig, daß eine solche Arrha zurück zugeben sey, wenn die Erfüllung des Hauptgeschäfts nicht Statt finden sollte.[1]). Allein, daß dessen ungeachtet der schuldige Theil verwirke, was er unter diesem Namen gegeben hat, lehrt die oben angeführte *L. 6. pr. D. h. t.* ausdrücklich; und es streitet gegen alle Regeln der Auslegung, ein Gesetz, welches ganz allgemein gefaßt ist, darum

von

1) *L. 11. §. 6. D. de act. emti et vend. L. 2. Cod. Quando liceat ab emt. disced.*

von einer besondern Verabredung verstehen zu wollen, weil in andern Gesetzen Fälle vorkommen, wo der Verlust der Arrha bey dem commissorischen Vertrage ausdrücklich war bedungen worden. Es ist ja gar nichts Neues, daß zuweilen durch Vertrag etwas zum Ueberfluß, und nur um allen möglichen Streite vorzubeugen, festgesetzt wird, was auch ohne Vertrag schon gemeinen Rechtens gewesen wäre. *Etenim quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt*, sagt mit Recht Papinian *L.* 56. *pr. D. Mandati.* Man kann es auch keine Unbilligkeit nennen, wenn die Gesetze den Käufer einer Strafe würdig halten, welche gerade in dem Verlust desjenigen besteht, was er zum Zeichen der unumstößlichen Verbindlichkeit des Contracts gab, den er treulos gebrochen hat. Und hierin stimmen denn auch die meisten Rechtsgelehrten [2]) überein.

Man streitet ferner 2) darüber, ob nicht auch der vorausbezahlte Theil des Kaufgeldes verlohren gehe, wenn der Verkäufer sich seines Rechts aus dem commissorischen Vertrage bedient? Viele [3]) halten auch diesen Verlust

T 2 für

2) *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 19. §. *Re emta.* pag. 926. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Nondum* in fin. p. 399. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXX. §. 54. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subs. II. §. 39.

3) SCHILTER cit. loc. §. 54. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. § 14. *de* COCCEJI cit. loc. Qu. 8. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 9. ENGEL-

für gerecht, und dem oben angeführten Gesetz, *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* gemäß, wo besonders die Worte merkwürdig sind: *quando emtor aliquam partem pretii dedit.* Diese Worte scheinen den Sinn zu haben, daß der Käufer nicht blos in dem Falle, da es ausdrücklich ausgemacht worden, sondern auch schon, vermöge des commissorischen Vertrags, den abschläglich bezahlten Theil der Kaufsumme verliere. Eben so scheinen auch die Griechen das Gesetz verstanden zu haben. Denn in den **Basiliken** [4]) lautet diese Stelle so: Ὅτι ἐπὶ μὲν τῷ κομμισσορίου ὅρου εἰ μέρος καταβληθῇ τῷ τιμήματος, εἰ μὴ καὶ τὸ λεῖπον ἐντὸς τῆς ὁρισθείσης προθεσμίας καταβληθῇ, ἀπόλλει καὶ τὸ καταβληθὲν ὁ ἀγοραστής, ἀναλυομένης τῆς πράσεως. καὶ τοῦτο οὐκ ἄνου λόγου ἀλλὰ διὰ τὸ κερδαίνειν τοὺ ἐν τῷ μέσῳ καρπούς, i. e. *Ubi quid lege commissoria veniit, si pars aliqua pretii data fuerit, nisi et quod reliquum est pretii intra diem lege commissoria comprehensum exsolutum sit, resoluta venditione amittit emtor etiam id, quod est numeratum, idque non absque ratione, sed ut interea perceptos fructus lucretur.* Andere [5]) hingegen unterscheiden, ob der bezahlte Theil des Kaufgeldes statt einer Arrha gegeben, oder ob er zur Erfüllung des Contracts bezahlt worden sey. In dem ersten Falle

ENGELBRECHT Diss. de L. commissor § 23. HILDEBRAND cit. Diss. §. 19. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III. Spec. CXCVII. cor. 4. WALCH cit. loc. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 4. u. a. m.

4) Tom. II. In Addend. ad Lib. XIX. Tit. 3. pag. 658. nach Fabrot.

5) *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 59. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. X. pag 500. und GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1062.

Falle gehe er verlohren, in dem letzteren Falle aber müsse er dem Käufer zurückgegeben werden, welchem deshalb die condictione sine causa zustehe. Noch andere [6]) erklären die Stelle des Ulpian von dem Falle, wenn der Verlust des abschläglich bezahlten Kaufgeldes zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden ist. Von allen weicht jedoch Georg Samuel Madihn [7]) ab, welcher einen Unterschied macht, ob der Käufer Früchte von der Sache gezogen hat, oder nicht. In dem letztern Falle könne der Käufer das abschläglich bezahlte Kaufgeld allemal zurückfordern, wenn der Contract von dem Verkäufer aufgerufen wird. In dem ersten Falle hingegen habe der Käufer die Wahl, ob er die gezogenen Früchte mit dem vorausbezahlten Theile des Kaufgeldes compensiren, oder die Früchte restituiren, und das Kaufgeld zurückfordern wolle. Soviel ist wohl gewiß, daß die gegenwärtige Streitfrage, ob der Käufer den abschläglich bezahlten Theil des Kaufgeldes verliere, wenn der Kauf vermöge des commissorischen Vertrags aufgehoben wird, in der L. 4. gar nicht entschieden worden ist. Die oben aus den Basiliken excerpirte Stelle darf uns auch nicht irre machen. Denn das neunzehnte Buch mit seinen Supplementen, woraus jene Stelle genom-

6) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXV. Err. 5. §. *Nam et in specie.* *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *B.* BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. I. cap. 7. Westphal vom Kauf. §. 709. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 541. not. g. Thibaut. Syst. des Pand. R. 2 B. §. 958.

7) Diss. de effectu legis commissoriae parte pretii soluta. *Halae* 1755. §. 8. Mit ihm stimmt überein *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 189.

nommen ist, gehört zu denjenigen Büchern der Basiliken, welche unächt sind [8]). Die Hauptfrage, welche Ulpian entscheidet, war unstreitig die, nämlich worauf der Verkäufer klagen könne, wenn er sein Recht aus dem commissorischen Vertrage geltend macht, ob er nämlich mit dem Grundstück auch die Früchte und Accessionen zurückfordern könne? Es schien ihm aber doch nur hauptsächlich um die Klage zu seyn. Denn es war unter den Secten der ältern Rechtsgelehrten streitig, ob nach aufgehobenem Contract dem Verkäufer noch die actio vendidi zustehe, oder ob nicht vielmehr die actio praescriptis verbis anzustellen sey? Diesen Streit haben jedoch die Kaiser Antoninus und Sever nach der Meinung des Sabinus entschieden [9]). Es war also nun ausser Zweifel, daß auch die Klage ex vendito dem Verkäufer zustehe. Nun konnte aber noch die Frage entstehen, ob nicht zuweilen der Käufer die Früchte lucrire? Ulpian hält dieses, nach der Meinung des Neratius, wenigstens in dem Falle für billig, wenn der Käufer schon einen Theil des Kaufgeldes vorausbezahlt hat, und diesen verliert. Der Jurist spricht also hier nicht allgemein, sondern hypothetisch, ohne darüber zu entscheiden, in wiefern der Käufer diesen Theil der Kaufsumme verliere. Alles, was sich daraus folgern läßt, bestehet demnach darin, daß zuweilen der Käufer den Theil der Kaufsumme, den er bereits vorausbezahlt hat, verlieren könne. Wer sollte auch dieses läugnen, wenn dieser Theil des Kaufgeldes entweder, statt einer Arrha,

8) S. Höpfner über die Basiliken, in Hugo civilist. Magazin 2. Band Nr. XVIII. S. 401. f.

9) Man sehe die Note. 37. zum §. 1000. S. 226. f.

Arrha, war gegeben, oder der Verlust desselben ausdrücklich war bedungen worden [10])? Ausserdem muß er schlechterdings zurückgegeben werden. Denn es tritt hier ein ganz anderes Verhältniß, wie bey der gegebenen Arrha, ein. Diese ward zum Zeichen der unumstößlichen Verbindlichkeit des Contracts, das abschläglich bezahlte Kaufgeld aber zur Erfüllung des Contracts gegeben. Wie kann nun das, was zur Erfüllung des Contracts gegeben worden ist, noch in den Händen des Empfängers bleiben, wenn dieser vermöge des commissorischen Vertrags auf Vernichtung des Contracts klagt? Nach der Natur des Vertrags wird ja res inemta. Natürlich besitzt also der Verkäufer den ihm vorausbezahlten Theil des Kaufgeldes von dem Augenblicke an sine causa, da er sein Recht aus dem Vertrage geltend macht. Daß der Käufer der Regel nach sein Geld auch dann wieder zurückerhalten müsse, wenn die Ungültigkeit des Handels auf den Fall der Contravention ausdrücklich ist ausgemacht worden, lehrt noch insonderheit die *L. 6. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. comp.* wo es heißt: Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemores, poterit tibi ea res non esse fraudi: quando, non impleta promissi fide, dominii tui ius in suam causam reverti conveniat [11]). Et ideo adi-

10) Man sehe vorzüglich *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. forens. Tom. I. cap. 44.

11) *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 2. lieset statt conveniat, nicht ohne Grund *convenit*. Denn ohne hier eine ausdrückliche Verabredung anzunehmen, würde diese Entscheidung mit *L. 12. Cod. de rei vindic. L. 12. C. de contr. emt. L. 14.*

aditus competens iudex fundum, cuius mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis, sine ulla ludificatione, sua auctoritate perficiet: praecipue cum et adversa pars, *receptis nummis suis*, nullam passa videri possit iniuriam. Der Verkäufer giebt jedoch den ihm vorausbezahlten Theil des Kaufgeldes ohne Zinsen zurück. Denn weder ein Vertrag, noch ein Verzug, noch irgend ein anderer besonderer Grund einer gesetzlich anerkannten Billigkeit ist hier vorhanden, welcher den Verkäufer zur Zinsenzahlung verpflichtet [12]). **Westphal** [13]) will zwar den Fall ausnehmen, wenn der Verkäufer selbst Zinsen von jenem Gelde bezogen hätte. Allein der Verkäufer mußte ja dann auch die Gefahr des Capitals übernehmen [14]). Nichts kann nun aber wohl der Billigkeit gemäßer seyn, als daß der, welcher die Gefahr des Anlehns zu tragen hat, auch die Zinsen davon beziehen dürfe [15]).

§. 1010.

L. 14. C. de resc. vendit. und *L. 6. Cod. de act. emti et vend.* in offenbarem Widerspruche stehen.

12) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXII. Err. 2. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Henr.* HILDEBRAND Diss. de lege commissoria vendit. adiecta. §. 20. *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 178. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 541.

13) Vom Kauf §. 701.

14) *L. 62. D. de rei vindicat.* — cum pecunia *periculo dantis* foeneretur.

15) *L. 67. §. 1. D. pro socio. L. 10. §. 8. D. mandati.*

§. 1010.

Klagen, welche dem Verkäufer wegen des commissorischen Vertrags zustehen.

Die Klage, womit der Verkäufer die Sache nebst den Accessionen und gezogenen Früchten, vermöge des commissorischen Vertrags, von dem Käufer zurückfordert, ist nun, so streitig es auch ehemals unter den ältern Römischen Rechtsgelehrten war [16], ganz entschieden die actio venditi [17]. Sehr merkwürdig ist die Stelle aus des Pomponius libro IX. ad Sabinum, welche nach *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt.* so lautet: Si fundus annua, bima, trima die, ea lege venisset, *ut si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemtus foret: et ut, si interim emtor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inemto eo facto, restituerentur; et ut quanti minoris postea alii venisset, ut id emtor venditori praestaret:* ad diem pecunia non soluta, placet venditori EX VENDITO eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus, quod inemto fundo facto dicatur *actionem ex vendito* futuram esse: in emtis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est. Et cum lege id dictum sit, apparet, *hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset: non ut omnis obligatio emti et venditi utrimque solveretur.* Jedoch kann auch die actio praescriptis verbis gebraucht werden [18]. Gegen den dritten Besitzer der Sache steht dem Ver-

16) Siehe die Not. 37. zu dem §. 1000. S. 226. f.

17) *L. 4. pr. D. h. t.*

18) *L. 2. Cod. de pact. inter emtor. et venditor.* S. *Hieron. de* OROZ de Apicibus iur. civ. Lib. III. cap. 7. nr. 4. et 5.

Verkäufer nicht minder die rei vindicatio zu. Mehrere Stellen des Römischen Rechts [19]) gedenken dieser Klage ausdrücklich. Ist nun der commissorische Vertrag unter einer suspensiven Bedingung geschlossen worden, so läßt sich dieses auch leicht erklären, weil hier das Eigenthum nicht auf den Käufer übergeht, so lange das Kaufgeld nicht abgetragen worden ist. Ist hingegen der Vertrag, wie gewöhnlich, unter einer resolutiven Bedingung geschlossen worden, so ist es streitig, in wiefern hier die rei vindicatio Statt finde? Viele [20]) wollen diese Klage hier blos in dem Falle für zuläßig halten, wenn sich der Verkäufer das Eigenthum vorbehalten, und dem Käufer blos einen prekären Besitz eingeräumt hat. Diese Meinung gründet sich auf die *L. 3. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. compos.* wo der Kaiser Alexander auf folgende Art rescribirt: Qui ea lege praedium vendidit, *ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur:* si non precariam possessionem tradidit, *rei vindicationem* non habet, sed actionem ex vendito. Die meisten [21]) aber unterschei-

19) *L ult. D. h. t. L. 4. Cod. de pact. inter emt. et venditor.*

20) Westphal vom Kauf §. 962. u. 963. WILKENS Diss. de lege commiss. emt. vendit. §. 17. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II Sect. II. §. 541. KIND Quaest. for. Tom. I. c. 44. pag. 176. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1062.

21) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIII. Th. 36. et MÜLLER ad *Eundem* not. *ξ. de* BERGER Oeconom. iur. Lib. III. Tit. V. Th. 7. Not. 1. Lib. B. *a* WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 228. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. 7. 12. et 13. STRYK

scheiden, ob der Vertrag verbis directis oder verbis obliquis gefaßt worden. In dem ersten Falle, wenn es z. B. in dem Vertrage heißt, der Kauf soll für nicht geschlossen gehalten werden, er soll ipso iure nichtig seyn; könne die Sache vindicirt werden. In dem letztern Falle aber, wenn der Vertrag z. B. so lautet, der Käufer solle schuldig seyn, die Sache zu restituiren, finde nur die actio venditi Statt. Eben dahin deutet auch wohl nur der Unterschied, den **Gerhard Noodt** [22]) zwischen dem Vertrage, ut fundus inemtus sit, und dem Vertrage, ut fundus inemtus fiat, macht. Vergleichen wir die hierüber vorhandenen Gesetze des Römischen Rechts, so kann wohl nicht geläugnet werden, daß, wenn der commissorische Vertrag so gefaßt ist, wie die Formel desselben *L.* 2. und *L.* 8. *D. h t.* lautet: Si ad diem pecunia soluta non sit, *ut fundus inemtus sit*, die Reivindication gegen jeden dritten Besitzer der Sache Statt finde. Denn soll der Kauf auf den Fall, da das Kaufgeld nicht zur gesetzten Zeit bezahlt werden wird, für nicht geschlossen gehalten werden, so fällt, wenn diese Bedingung eintritt, das Eigenthum ipso iure an den Verkäufer zurück, als wenn es gar nicht wäre übertragen worden [23]). Die Existenz

STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1968.

22) Commentar. ad Dig. h. t. §. fin. pag. 400.

23) Die Worte der *L.* 5. *D. h. t.* Sed si fundus *revenisset*, in der Verbindung, in welcher sie stehen, lassen sich allerdings mit *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 7. D. h. t. §. 1. pag. 454. so erklären; besonders wenn man bedenkt, daß auch das Pfandrecht erlischt, welches der Käufer während seines Be-

stenz dieser Bedingung vernichtet daher unstreitig das Geschäft rückwärts [24]). Es ist dieses auch ganz der Natur dessen gemäß, was die Gesetze commissum; verwirkt, nennen. So sagt nämlich Ulpian *L.* 14. *D. de publican.* Quod COMMISSUM est, *statim desinit eius esse*, qui crimen contraxit, *dominiumque rei vectigali acquiritur*, eapropter commissi persecutio, sicut *adversus quemlibet possessorem*, sit et adversus heredem competit. Allein daß die Resolutivbedingung dieses Vertrags nicht immer so ausgedruckt wurde, wie jene Formel lautet, sondern daß man sich auch anderer Worte und Formeln dabey bedient habe, lehrt die oben angeführte *L.* 3. *Cod. de pactis inter emtor. et vendit.* wo statt: *ut fundus inemtus sit*, die Worte: *ut praedium ad venditorem reverteretur*, oder wie es *L.* 1. *C. eodem* heißt: *dominium ad venditorem pertineret* [25]), gebraucht worden sind. Sollte also hier die beygefügte Resolutivbedingung nicht gleiche Wirkung haben, wie in jenem Falle? Nein, sagt man, weil die *L.* 3. *C. cit.* dem Verkäufer die Reivindication ausdrücklich versagt. Sonder-

Besitzes einem Dritten auf der Sache bestellet hat. *L.* 31. *D. de pignor. et hyp.* Das auf den Käufer übertragene Eigenthum wird also offenbar ex tunc resolvirt. S. den 8. Th. dieses Commentars 1. Abth. §. 577. S. 76. ff.

24) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. c. 19. §. *Re inemta.* BACHOV Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXVIII. Th. 9. lit. D. MUSSCHENBROEK Diss. de lege commissoria Cap. I §. *Vi porro*, pag. 645. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. et 7. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. f. Tom. II. pag. 395.

25) *L.* 31. *D. de pign. et hyp.* heißt es auch: *fundus ad dominum redeat.*

derbar. Sind denn die Worte: *ad se reverteretur* nicht eben so gut verba directa, als die Worte *res inemta sit?* Sie drücken ja den Effect des Vertrags, Rückfall des Eigenthums, noch bestimmter aus. Und kommt es denn überhaupt bey bonae fidei Contracten auf den Unterschied der Formel an? Es ist daher entweder mit **Thibaut** [26]) anzunehmen, daß die *L. 3. Cod. cit.* sich blos auf einen bestimmten Fall beziehe, wo die Vindication, weil die auflösende Bedingung noch nicht eingetreten war, nicht Statt fand, sondern nur die Contractsklage ad implendum gebraucht werden konnte; oder daß, wie **Teisterbant** [27]) will, das Gesetz gar nicht vom commissorischen Vertrage rede, welches letztere ich jedoch nicht behaupten möchte.

§. 1011.

Der Verkäufer kann sich auch seines Rechts begeben. In wiefern ist dem säumigen Käufer morae purgatio erlaubt?

Tritt die Bedingung des commissorischen Vertrags ein, so hängt es von der Wahl des Verkäufers ab, ob er sich des ihm nach dem Vertrage zustehenden Rechts, den Handel aufzuheben, bedienen wolle, oder nicht. Denn der Vertrag ist blos zu seinem Vortheil beygefügt. Der Verkäufer kann also nach seinem Gefallen entweder noch auf die

26) Civilistische Abhandlungen. Abhandl. 17. (Heidelberg 1814.) Nr. II. S. 377.

27) Observation. et Emendationum lib. un. (*Brunovici 1706.*). Cap. XVII. pag. 123. sqq.

die Erfüllung des Contracts bringen, oder auf Zurückgabe der Sache mit den Früchten klagen. Wollte man ihm diese Wahl nehmen, so würde es in der Macht des Käufers stehen, durch Zurückhaltung des Kaufgeldes das Geschäft selbst rückgängig zu machen, um den Schaden des Zufalls, welcher vielleicht die Sache unterdessen betroffen hat, nicht tragen zu dürfen. Diesen Grund braucht auch Pomponius *L. 2. D. h. t.* wo er sagt: Cum venditor fundi in lege ita caverit, *si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemtus sit*, ita accipitur *inemtus esse fundus*, si venditor inemtum eum esse velit, *quia id venditoris causa caveretur:* nam si aliter acciperetur, exusta villa, in potestate emtoris futurum, ut non dando pecuniam inemtum faceret fundum, qui eius periculo fuisset. Und Ulpian fügt *L. 3. eodem* noch hinzu: Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adjicitur, *si volet*, venditor exercebit, non etiam *invitus*. Der Verkäufer kann daher auch seinem Recht, den Handel aufzuheben, entsagen, welches denn auch stillschweigend dadurch geschiehet, wenn er nach Ablauf des Zahlungstermins das Kaufgeld oder auch nur einen Theil desselben angenommen, oder den Kaufspreis oder die Zinsen davon gerichtlich oder außergerichtlich eingefordert hat [28]. Hat er aber einmahl gewählt, so muß es dabey bleiben, und es findet nach-

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Westphal vom Kauf §. 196. u. 697. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Med. 140.

nachher wider des Käufers Willen keine weitere Aenderung Statt [30]).

L. 6. §. 2. D. h. t. Post diem lege commissoria comprehensum, venditor partem reliquae pecuniae accepit. Respondit, si post statutum diem reliquae pecuniae, venditor legem dictam non exercuisset, *et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria.*

L. 7. D. eodem. Post diem commissoriae legi praestitutum, *si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur*, nec variare, et ad hanc redire potest.

L. 4. Cod depact. inter emtor. et vendit. Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, *sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

Man behauptet zwar gewöhnlich, der Verkäufer müsse sich sogleich nach Ablauf der festgesetzten Zahlungszeit erklären, ob er von seinem Recht Gebrauch machen wolle, oder nicht. Denn vor erfolgter Erklärung sey dem Käufer noch morae purgatio erlaubt [31]). Es scheint auch

30) *L. 75. D. de div. reg. iur.* Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam. S. *Iacob.* CUJACIUS Commentar. in libr. III. Responsor. Papiniani ad L. 7. D. h. t. (*Operum posthumor.* Tom. I. edit. *Fabroti* pag. 146)

31) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th 7. not. 4. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. medit. 4. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 3. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 959. u. a. m.

auch die *L.* 4. §. 2. *D. h. t.* diese Meinung zu begünstigen, wo Ulpian sagt: Eleganter PAPINIANUS *libro III. Responsorum* scribit, STATIM, *atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere:* nec posse, si commissoriam elegit, postea variare. Allein das Gesetz sagt von der morae purgatio kein Wort. Ueberdem wäre in der That der Ausdruck *statim, atque commissa lex est*, eine viel zu schwankende Bestimmung, wenn dem Verkäufer hierdurch zur Ausübung seines Rechts ein peremtorischer Termin hätte vorgeschrieben werden wollen. Man hat dieses auch wohl eingesehen. Daher giebt man selbst zu, es sey dieses nicht so confestim et sine ullo intervallo, sondern cum aliquo laxamento temporis zu verstehen, welches dem richterlichen Ermessen zu überlassen sey, oder wenigstens einen Zeitraum von zehen Tagen ausfüllen müsse [32]). Allein alles dieses ist viel zu willkührlich, um davon den Verlust eines Rechts abhängig zu machen, wovon das Gesetz auch nicht entfernt spricht. Ueberdem steht jener Meinung entgegen, daß mit dem Eintritt der Bedingung des commissorischen Vertrags das Recht des Säumigen erloschen ist. Finita est emtio, sagt Ulpian *L.* 4. *pr. D. h. t.* Mit welchem Recht soll also der Käufer dem Verkäufer das Kaufgeld aufdringen dürfen, wenn dieser sich, vermöge der ihm nach den Gesetzen zustehenden Wahl, seines Rechts, den Handel aufzuheben, bedie-

32) Arg. *L.* 21. §. 1. *D. de constit. pecun.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogen. ad L. 7. D. h. t. §. 4. pag. 456. *van* MUSSCHENBROEK Diss. de lege commissoria Cap. I. in fine und KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 175.

bedienen will? Vergeblich beruft man ſich auf die *L.* 73. §. 2. *D. de verbor. obligat.* wo Paulus ſagt: promiſſor poſt moram offerendo purgat moram. Denn man erwäge, daß die Anbietung der ſchuldigen Sache zwar für die Zukunft gegen die Folgen des Verzugs ſchützt, z. B. wenn die ſchuldige Sache nachher zu Grunde geht; aber die ſchon verwirkte Strafe des Verzugs wird dadurch nicht aufgehoben [33]). Dies iſt nun aber hier der Fall. Klare Geſetze verordnen hier, daß die Wirkung des commiſſoriſchen Vertrages ſofort eintreten ſolle, als der zur Erfüllung des Contracts geſetzte Termin verſtrichen iſt.

L. 23. *pr. D. de receptis.* CELSUS ait, ſi arbiter *intra Calendas Septembres* dari iuſſerit, nec datum erit: *licet poſtea offeratur, attamen ſemel commiſſam poenam compromiſſi non evaneſcere*: quoniam ſemper verum eſt, intra Calendas datum non eſſe.

L. 23. *D. de obligat. et actionib.* Trajectitiae pecuniae nomine, ſi ad diem ſoluta non eſſet, poena (uti adſolet) ob operas eius, qui eam pecuniam peteret, in ſtipulationem erat deducta: is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere deſierat: deinde interpoſito tempore interpellare inſtituerat. Conſultus reſpondit, eius quoque temporis, quo interpellatus non eſſet, poenam peti poſſe: amplius etiam, ſi omnino interpellatus non eſſet: nec aliter non committi ſtipulationem, quam ſi per debitorem non ſtetiſſet, quominus ſolveret. De illo ſane poteſt dubitari,

33) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. ad Tit. Dig. de verbor. obligationib. ad L. 91. §. 3. h. t. nr. 6. pag. 321. ſq.

tari, si interpellatus ipse moram fecerit: an, *quamvis pecuniam postea offerat, nihilominus poena committatur?* *Et hoc* RECTIUS *dicitur.* — Hoc idem dicendum, si cum quid ea lege venierit, *ut nisi ad diem pretium solutum fuerit, inemta res fiat.* Afrikan entscheidet hier gerade die Frage, ob morae purgatio Statt finde, wenn der Schuldner nach Ablauf des Zahlungstermins noch Zahlung anbietet? Er entscheidet sie verneinend: Quamvis pecuniam postea offerat debitor morosus, sagt er, *nihilominus poenam committi*, rectius dicitur. Dieses begründet er durch die Beyspiele eines mittelst einer Conventionalstrafe bestärkten Compromisses, in dessen Gemäßheit der Schiedsrichter den Beklagten zur Zahlung verurtheilt hatte, und des commissorischen Vertrags; und Cujaz [34]) giebt hiervon den ganz treffenden Grund an: *quod inter contrahentes id agi intelligitur, ut qui semel, ad diem non soluta pecunia, in poenam inciderit, solvere se ab ea non possit, ne alioquin dies et poena praescribatur frustra.* Diese Meinung hat auch die Auctorität mehrerer berühmter Rechtsgelehrten [35]) für sich.

§. 1012.

34) Comm. ad Africanum Tract. VII. ad L. 23. D. de obligat. et action.

35) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 6. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. Westphal vom Kauf §. 696. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. An mora purgari possit oblato pretio in venditione sub pacto legis commissoriae. *Lipsiae 1771.* und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1969.

§. 1012.

Auch bey andern Contracten kann der commissorische Vertrag hinzugefügt werden. Aber nie wird er vermuthet.

Nicht blos beym Kauf, sondern auch bey andern Verträgen und Contracten, z. B. bey Eheverlöbnissen [36], beym Pacht, Tausch, Transact [37], auch beym Darlehn kann die lex commissoria hinzugefügt werden, wenn nämlich verabredet wird, daß wenn der Schuldner mit der Bezahlung der Zinsen in einem Termin nicht richtig einhalten würde, der Contract sofort, und ohne weitere Aufkündigung, aufgehoben, und der Gläubiger das ganze Kapital auf einmal zu fordern berechtiget seyn solle [38]. Es treten denn hier auch eben die Grundsätze ein, welche wegen des commissorischen Vertrags gemeinrechtlich sind. Nur der Pfandcontract ist ausgenommen, bey welchem die Gesetze diesen Vertrag verbieten, wovon schon an einem andern Orte ausführlicher gehandelt worden ist [39].

Ohne ausdrückliche Beyfügung wird übrigens der commissorische Vertrag bey keinem Rechtsgeschäft vermuthet. Ohne diesen Vertrag kann daher nur auf Erfüllung, nicht auf Rescission des Contracts, geklagt werden. Mit

36) BERGER Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 4.

37) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCVII. Cor. 1. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 3. HILDEBRAND Diss. de lege commissoria §. 21. und ENGELBRECHT Diss. cit. §. 28—30.

38) S. *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 181. sqq.

39) S. Th. XIV. §. 869.

Recht rescribirten daher die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L. 8. Cod. de contrah. emt. et vendit.* [40]) gegen den Verkäufer, wenn sie ihm blos die Klage gegen den Käufer auf die Bezahlung des Kaufgeldes, aber keine Zurückforderung der dem Käufer bereits übergebenen Sache gestatten. Selbst alsdann, wenn die Zahlung des Kaufgeldes an einem bestimmten Tage versprochen worden, und nicht erfolgt ist, hört die Gültigkeit des Contracts an sich nicht auf, sondern der säumige Käufer ist dann nur zur Entschädigung des Verkäufers gehalten [41]). Mehrere Rechtsgelehrten [42]) wollen zwar bey den Subhastationen eine Ausnahme machen. Sie glauben, es hänge von der Willkühr des subhastirenden Richters, oder vielmehr derjenigen ab, welche dabey interessirt sind, ob sie den Meistbietenden zur Erlegung des Kaufpreises anhalten, oder das Gut aufs neue subhastiren lassen wollen. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. Auch die Subhastation ist eine Art des Kaufs, und richtet sich nach der Natur desselben. Es kann daher auch eine Subhastation, wegen nicht bezahlten Kaufgeldes, eben

40) Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum, quae dedisti, repetitio competit.

41) *L. 14. Cod. de resc. vendit. L. 12. Cod. de rei vind.. L. 6. C. de act. emti et vend.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. §. 21. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCIV. med. 3.

42) *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib IV. Tit. 29. Th. 3. not. 11. *Christph. Lud.* CRELL Diss. Legem commissoriam subhastationibus tacite inesse. *Vitembergae 1746.* und HILDEBRAND Diss. de lege commissoria. §. 5.

eben, so wenig, als ein anderer Kauf, aufgehoben werden; wofern nicht durch partikuläre Landesgesetze ein Anders verordnet ist [43]). Ist dieser Fall nicht vorhanden, so ist kein Grund abzusehen, einer Subhastation Eigenschaften und Wirkungen beyzulegen, die nicht aus der Natur der Sache folgen [44]). Zwar ist es an sich richtig, daß das Eigenthum der Sache auch nicht einmal durch die Uebergabe auf den Käufer übergeht, wenn ihm die Sache weder auf Credit verkauft, noch von ihm das Kaufgeld bezahlt worden ist. Allein eben so unbezweifelt ist es auch, daß doch der Contract selbst schon durch die erfolgte Adjudication seine Vollkommenheit erhalten habe. Der Käufer hat also durch dieselbe ein so vollkommenes Recht erlangt, daß ohne seine Einwilligung der Contract nicht wieder aufgehoben werden kann. Man kann allerdings zugeben, daß jeder Adjudicationsbescheid die stillschweigende Bedingung enthalte, daß, wofern die Bezahlung der Kaufgelder in der gesetzten Zeit nicht erfolgt, der Käufer sich die anderweitige Subhastation des Grundstücks auf seine Gefahr und Kosten gefallen lassen müsse [45]); dennoch ist auch darin keine lex commissoria enthalten, nämlich so, daß der Käufer mit dem Augenblick der nicht zur gehörigen Zeit erfolgten Zahlung alles Recht aus

43) Z. E. in Sachsen, vermöge der verbesserten Gerichtsordnung Tit. 39. §. 17.

44) Man sehe MADIHN Diss. de effectu legis commissoriae parte pretii soluta. §. 3. und KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 44. pag. 179.

45) Dieß ist auch in der allgemeinen Preußischen Gerichtsordnung 1. Th. Tit. 52. §. 62. verordnet.

aus der erhaltenen Adjudication verlohren habe. Nein! der Contract bleibt dergestalt in seinen Würden, daß nicht nur die Unglücksfälle, welche der Licitant von dem Tage des publicirten Adjudicationsbescheides an übernehmen muß, den Käufer treffen, sondern demselben auch bis zur erfolgten anderweitigen Subhastation und Adjudication moram zu purgiren, und durch Erfüllung des Contracts der Execution, oder Subhastation und Adjudication vorzubeugen freystehen muß [46].

46) S. Ernst Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 5. B. S. 156. ff.

Lib. XVIII.

Lib. XVIII. Tit. IV.

De hereditate vel actione vendita.

§. 1013.

I. Verkauf der Erbschaften. 1) In wiefern ist ein solcher Kauf gültig?

Auch unkörperliche Sachen können ein Gegenstand des Kaufs seyn. Dahin gehören unter andern Erbschaften und Klagen, von deren Verkauf in diesem Titel gehandelt wird.

I. Bey dem Verkaufe der Erbschaften [47]) kommt es 1) auf die Frage an, in wiefern ein solcher Kauf gilt? Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

A) Die Erbschaft wird als eine noch künftige verkauft. Ein solcher Kauf war 1) nach dem Recht der Pandecten schlechterdings ungültig, weil man eine noch künftige Erbschaft nach der Regel: viventis non est hereditas, als eine nicht existirende Sache ansahe. Pom-

47) *Christ. Lud.* CRELL Thes. iuris civ. de hereditate vendita. *Vitemb.* 1752. *Io. Melch. Gottl.* BEREKE de alienatione hereditatis ad explicandam L. 2. D. de hered. vel act. vendit. *Halae* 1774. 8. und Westphal vom Kauf. §. 835. ff. S. 625—652.

Pomponius erklärt einen solchen Kauf, der über die künftige Erbschaft einer noch lebenden Person geschlossen worden ist, geradezu für nichtig, wenn er *L. 1. D. h. t.* sagt: Si hereditas venierit eius, *qui vivit*, aut nullus est, *nihil esse actis quia in rerum natura non sit, quod venierit.* Und Paulus erfordert *L. 7. D. eodem* ausdrücklich zur Gültigkeit des Geschäfts, daß eine Erbschaft wirklich existire. Cum hereditatem aliquis vendidit, sagt er, *esse debet hereditas, ut sit emtio.* Nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur. Verbinden wir noch damit den Begriff, den Julian *L. 62. D. de reg. iuris* von hereditas giebt, wenn er sagt, sie sey nichts anders, als successio in universum ius, quod DEFUNCTUS habuit; so ist es nun wohl begreiflich, warum die Römischen Rechtsgelehrten eine noch künftige Erbschaft für keinen Gegenstand eines gültigen Kaufs hielten [48]). Zwar scheint sich Ulpian *L. 2. §. 2. D. h. t.* wo er die Meinung ausführt, daß der Käufer der väterlichen Erbschaft die Erbschaft des Pupillen nicht ansprechen könne, wenn sie ihm nicht von dem Substituten des Pupillen ausdrücklich mit verkauft worden ist, auf eine Art zu äußern, welche es zweifelhaft macht, ob nicht auch schon nach den Gesetzen der Pandecten eine noch künftige Erbschaft habe verkauft werden können. Er sagt nämlich: Plane

48) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 1. D. h. t. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 400. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pandect. h. t. §. 4. et 5. und Schöman Handbuch des Civilrechts 2. B. S. 185.

Plane, si hoc actum sit, dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, MAXIME *si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.* Allein die Ausleger sind hier einverstanden, daß das Wort *maxime* hier nicht den sonst gewöhnlichen implicativen Sinn habe, so daß es auch den contrairen Fall enthielte; sondern es sey hier vielmehr einschränkend, entweder nach Anton Faber [49]) für *scilicet*, oder nach Bronchorst [50]), dem auch Pothier [51]) beistimmt, für *utique* zu nehmen [52]). Man könnte aber auch immerhin die gewöhnliche Bedeutung von maxime beybehalten, und mit Doneau [53]) annehmen, die Erbschaft des Pupillen habe auch eben sowohl vor deren Anfall von dem Substituten desselben verkauft werden können; dennoch würde daraus nicht nothwendig folgen, daß der Pupill zur Zeit des über seine Erbschaft geschlossenen Kaufs noch gelebt haben müsse. Es könnte ja seyn, der Erbe wäre dem Pupillen unter einer Bedingung substituirt worden, die zur Zeit des geschlossenen Kaufs noch nicht existirte. Hier war nun allerdings durch den Tod des Pupillen eine Erbschaft vorhanden, wenn sie gleich dem Substituten desselben noch nicht deferirt war. Es ist jedoch selbst nach den Gesetzen der Pandecten

49) Rational. in Pand. ad h. L.

50) Enantiophan. Centur. I. Assert. 30.

51) Pand. Iustin. h. t. Nr. XXI. not. g. S. auch NOODT Comment. h. t. pag. 401.

52) So z. B. kommt auch in der *L. 9. D. de usurpat. et usucap.* diese Bedeutung vor. S. *Christoph. Phil.* RICHTER de Significatione Adverbior. Voc. *Maxime.* pag. 463. in fin. et sq.

53) *Hug.* DONELLUS Commentar. ad Cod. Lib. II. Tit. 3. ad L. ult. de pactis nr. 6.

decten ein Fall anzunehmen, wo sogar der Vertrag über die künftige Erbschaft einer noch lebenden Person an sich nicht für ungültig gehalten wurde, nämlich wenn sie blos als ein ungewisser Gewinn dem Andern verkauft worden ist. Hier wird der Handel als eine emtio spei angesehen. Daß hier das Geschäft für gültig zu halten sey, läßt sich aus *L.* 3. §. 2. *D. pro socio* nicht undeutlich schließen. Denn wenn es daselbst heißt: *ut si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit*, so verstehet man solches von der künftigen Erbschaft einer dritten unbestimmten Person, nach der Erklärung des Accursius [54]. Eine andere Stelle aus den Pandecten, welche man gewöhnlich noch hierher zieht, scheint mir aber nicht von diesem Falle zu reden. Es ist die *L.* 11. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Nam hoc modo admittitur esse venditionem: *si qua hereditas est tibi emta, et quasi spes hereditatis*: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus. Der Zusammenhang derselben mit der vorhergehenden *L.* 11. *h. t.* lehrt deutlich, daß hier von einer schon deferirten, aber noch streitigen und ungewissen Erbschaft die Rede sey [55]. 2) Nach dem Recht des Codex kann man aber auch sogar über die künftige Erbschaft einer dritten noch lebenden bestimmten Person, welche man dereinst zu hoffen hat, einen Kauf mit Jemand schließen, wenn es nur mit Einwilligung des Dritten geschiehet, und dieser nicht

seinen

54) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 3. §. 2. D. Pro Socio, und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. G. Tom. II. §. 1400. et Tom. III. §. 1940. A.

55) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. 11. D. h. t. und Weßphal vom Kauf §. 870.

seinen Willen noch vor seinem Tode wieder ändert. Denn ein solcher Handel gilt nur unter den Contrahenten. Der Dritte ist hingegen an seine Einwilligung nicht gebunden. Er kann daher, wenn er will, noch immer ein Testament machen, und hierdurch die Wirksamkeit des Vertrags vereiteln. Die hierher gehörige Verordnung des Kaisers Justinian vom Jahr 531. *L. ult. Cod. de pactis* lautet folgendermassen:

De quaestione tali a Caesariensi advocatione interrogati sumus: Duabus vel pluribus personis spes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvendae: pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate; quibus specialiter declarabatur: *Si ille mortuus fuerit, et hereditas ad eos pervenerit, certos modos in eadem hereditate observari:* vel, *si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit; certas pactiones evenire.* Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oporteret. Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit: et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus conditionibus composita sunt, *si ille mortuus fuerit, et si ad hereditatem vocentur hi, qui huiusmodi pactionem fecerunt.* Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidam paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus

nibus observari: *nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit:* tunc etenim sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare.

Ohne die Einwilligung des Dritten ist der Vertrag nach dem Römischen Recht auch selbst unter den Contrahenten nichtig, und wegen der hier vermutheten unlautern Absicht derselben in den Gesetzen so verhaßt, daß wenn auch der Anfall der Erbschaft nachher eintritt, dennoch dieselbe keinem zu Theil wird, sondern an den Fiskus fällt, wie aus *L.* 2. §. *ult. D. de his, quae ut indignis aufer. L.* 29. §. *ult. et L.* 30. *D. de donat.* erhellet. Allein die Grundsätze des heutigen Rechts weichen hierin von dem Röm. Rechte ab. Heut zu Tage gilt der Vertrag über die Erbschaft einer bestimmten dritten Person auch ohne deren Einwilligung unter den Paciscenten [56]); und hat

56) S. *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de pacto circa hereditatem tertii ignorantis certi bonis moribus non refragante, adeoque tam iure naturae, quam moribus Germanorum valido. *Erfordiae* 1718. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXX. §. 59. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 59. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1402. et §. 1615. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 737. S. 800. ff. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 678. und §. 839. D. Anderer Meinung sind zwar LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 2. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. 48. not. 1. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 27. und PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 12. Allein *Ad. Franc.* HEBESTREIT in Diss. Vindiciae veri valoris pactorum successoriorum tam iure Rom. quam Germ. adversus errores Interpretum. *Erfor-*

hat der Dritte den Kauf genehmiget, so kann er seine Genehmigung nicht einseitig widerrufen, weil heutigen Tages sich jeder der Freiheit zu testiren gültig begeben kann [57]).

B. Wird eine Erbschaft als eine bereits existirende verkauft, für welche sie nur erst dann zu halten ist, wenn gewiß ist, daß derjenige gestorben sey, über dessen Nachlaß der Handel geschlossen worden; so lassen sich wieder zwey Fälle gedenken, nämlich a) die Erbschaft war dem Verkäufer noch nicht deferirt. Z. B. die Erbschaft ist dem Verkäufer unter einer Bedingung hinterlassen worden, und er verkauft die Erbschaft, ehe noch die Bedingung existirt; oder der Substitut verkauft sein Substitutionsrecht, ehe noch der Substitutionsfall eingetreten war. Hier ist der Kauf gültig, er gilt nämlich als ein Hofnungskauf [58]). Wird nachher noch dem Verkäufer die Erbschaft deferirt, so muß er sie dem Käufer überlassen, schlägt die Hofnung aber fehl, so kann der Käufer deshalb keine Entschädigung weiter fordern. Der Käufer muß hier den nachtheiligen Ausgang der Bedingung, wie bey einem Glücksspiele, tragen. Man kann von diesem Falle folgende Gesetzstellen verstehen.

L. 10.

Erfordiae 1768. §. 62—68. hat diese Meinung ausführlich widerlegt.

57) S. *Io. Flor.* RIVINI Diss. de pactis successoriis. *Lipsiae* 1730. Cap. III. §. 13. Just. Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 280. S. 818. WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 145.

58) BESECKE cit Commentat. Cap. V. §. 50. sqq. und CRELL Thes. iur. civ. cit. de hereditate vendita. Th. 2. et 4.

L. 10. *D. h. t.* Quod si in venditione hereditatis id actum est, *si quid iuris esset venditoris, venire, nec postea quicquam praestitutum iri:* quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit: nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emtorem pertineret.

L. 11. *eodem.* Nam hoc modo admittitur esse venditionem: *si qua sit hereditas, est tibi emta: et quasi spes hereditatis.* Ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.

L. 13. *D. eodem.* Quod si sit hereditas, etsi non ita convenit, *ut, quidquid iuris haberet venditor, emtor haberet*, tunc heredem se esse, praestare debet: illo vero adjecto, liberatur venditor, *si ad eum hereditas non pertineat.*

Da hier der Gegenstand des Handels eine blose spes hereditatis ist, wie Ulpian sagt in der angeführten *L.* 11. *h. t.*, dessen Leistung von einer Casualbedingung abhängt; so steht hier weder die *L.* 7. *h. t.* wo Paulus sagt, quod esse debeat hereditas, *ut sit emtio*, noch die *L.* 42. *D. de acquir. rer. dom.* wo eben dieser Paulus lehrt, Substitutionem, quae nondum competit, *extra bona nostra esse*, unserer Behauptung entgegen. Denn auch eine bloße spes debitum iri gehört zu unserm Vermögen [59]).

Nach den Fragmenten des Antejustinianeischen Rechts war zwar ein großer Unterschied zwischen dem bloßen Verkauf einer noch nicht angetretenen Erbschaft,

und

59) §. 4. *I. de Verb. obligat.*

und der feyerlichen Cession derselben in iure. Denn die letztere konnte nur von einem gesetzlichen Erben vor der Antretung der Erbschaft, von einem Testamentserben aber nur nach der Antretung derselben geschehen. So lehrt Ulpian Tit. XIX. seiner Fragmente §. 12. et 13.[60]), wo er sagt: Hereditas in iure ceditur, vel antequam adeatur, vel postquam adita fuerit. *Antequam adeatur, in iure cedi potest a legitimo herede:* postea quam adita est, tam a *legitimo*, quam ab eo, *qui testamento heres scriptus est.* Die Wirkung war in beyden Fällen ganz verschieden. Denn in dem erstern Falle wurde der Cessionar Erbe, nicht anders, als wenn ihm selbst die Erbschaft von dem Gesetz wäre deferirt worden; in dem letztern aber blieb es der Cedent, der einmal durch die Antretung Erbe geworden war, wie eben dieser Ulpian §. 14. sagt: Si, *antequam adeatur hereditas*, in iure cessa est, *perinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset.* Quod si *postea, quam adita fuerit*, in iure cessa sit, *is, qui cessit, permanet heres.* Den Grund, warum nur eine gesetzliche, aber keine testamentarische Erbschaft vor der Antretung habe cedirt werden können, haben Cujaz[61]) und Anton Faber[62]) untersucht, und ihn theils in den Gesetzen der zwölf Tafeln, theils in dem stillschweigenden Willen des Erblassers zu finden geglaubt. Der ganze Unterschied hat jedoch mit Aufhebung der alten cessio in iure aufgehört[63]).

b) Die

60) In SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag 624.

61) Observation. Lib. XVIII. cap. 11.

62) De erroribus. Pragmaticor. Decad. LXX. Err. 9.

63) S. Westphal vom Kauf §. 835. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXV. pag. 504. und BESEKE §. 64.

b) Die Erbschaft ist, als eine dem Erben bereits angefallene und von demselben angetretene, verkauft worden. Hier ist nicht nur der Kauf gültig, sondern der Verkäufer muß auch für die Richtigkeit der Erbschaft stehen. Kann er sie dem Käufer nachher nicht gewähren, so muß er ihm das Interesse leisten, und das bereits bezahlte Kaufgeld kann der Käufer mit der condictio sine causa zurückfordern [64]); es wäre denn, daß der Verkäufer seinen Erbanspruch als noch ungewiß und streitig dem Käufer überlassen hätte. Hier muß sich dann der Käufer auch natürlich den nachtheiligen Ausgang des Prozesses, wie bey einer emtio spei, gefallen lassen [65]). Hätte hingegen der Verkäufer betrüglich gehandelt, und seine Ansprüche an der Erbschaft nur für streitig ausgegeben, da er doch gewußt, daß sie offenbar ungegründet sind, so haftet er billig wegen des Betrugs [66]). Der Verkäufer ist jedoch nicht nur, wenn gar keine Erbschaft vorhanden ist, zur Leistung des Interesse verbunden [67]), sondern auch, wenn er diejenige Art der Erbschaft nicht gewähren kann, welche er verkauft hat, und die daher der Käufer zu erwarten berechtiget war. Z. B. er hat die Erbschaft, die nur eine fideicommissarische war, als eine directe verkauft. Paulus führt diesen Fall in der *L.* 16. *D. h. t.* an, wo er sagt: Si quasi heres vendideris hereditatem, *cum tibi ex Senatusconsulto Trebelliano* [68]) *restituta*

64) *L. 7. D. h. t.*

65) *L. 10. 11. et 13. D. eodem.*

66) *L. 12. D. h. t.*

67) *L. 8. et 9. D. h. t.*

68) POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XXIII. not. k. hält die Worte *ex SCto Trebelliano* für einen Tribonianismus, welchen

stituta esset hereditas, quanti emtoris intersit, tenebe-
ris. Das Interesse des Käufers ist hier um so bedeutender, je wichtiger der Unterschied zwischen einem directen Erben und einem Fideicommissar ist, wenn man auch den Abzug der Trebellianischen Quarte hierbey nicht blos in Anschlag bringen wollte [69]). Für die Größe der Erbschaft darf jedoch der Verkäufer nicht haften, wofern sie nicht nach einem Inventar verkauft worden ist. **Paulus** sagt *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil interest: und **Cajus** setzt *L.* 15. *D. eodem* hinzu: nisi de substantia eius affirmaverit.

§. 1014.

a) Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Käufer und Verkäufer einer Erbschaft.

Soviel hiernächst 2) die aus dem Verkaufe einer Erbschaft entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten unter

den Worten ex SCto Pegasiano wären substituirt worden. Allein die Trebellianische, oder wie sie vielmehr zu Paulus Zeiten genennt wurde, die Pegasianische Quarte kommt hier nicht allein in Anschlag. Dem Fideicommissar steht ja auch das ius accrescendi nicht zu. *L.* 43. *D. ad SCt. Trebell.* verglichen mit *L.* 78. §. 10. *D. eodem.* S. CUJACIUS Observat. Lib. XII. c. 12. *de* RETES Opusculor. Lib. III. (in MEERM. *Thes.* Tom. VI. pag. 183.) NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 403. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1732. u. §. 1865.

69) Man sehe *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 602. Not. (*).

unter den Contrahenten anbetrifft, so bestehen sie darin.

I. Der Verkäufer ist verbunden, dem Käufer die Erbschaft in dem Zustande, in welchem sie sich von der Zeit des Todes des Erblassers an bis zur Zeit des geschlossenen Kaufs befand, mit allem Gewinn und Verlust, wodurch sie vermehrt oder vermindert worden ist, zu überliefern. Das Erbrecht selbst wird jedoch eben so wenig auf den Käufer übertragen, als derselbe hierdurch die Eigenschaft eines wahren Erben erhält. Denn hatte der Verkäufer die Erbschaft schon angetreten, so ist er Erbe geworden, und bleibt auch, nach geschehener Uebergabe der erbschaftlichen Güter und Sachen, dem strengen Rechte nach, Erbe. *Qui enim semel heres extitit*, sagen die Gesetze des Römischen Rechts [70]) ganz bestimmt, *non potest efficere, ut desinat heres esse, sed manet heres, licet res hereditarias non amplius possideat.* Eine Regel, welche sich schon daraus erklären läßt, weil man nur einmal beerbt werden kann, so wie man nur einmal stirbt [71]). Daher sagt Paulus [72]): uni duo *pro solido* heredes esse non possunt. Hatte hingegen der Erbe die Erbschaft schon vor

70) §. 3. *I. de fideicommissar. hereditat.* L. 7. §. 10. D. *de minorib.* L. 88. D. *de heredib. instit.* L. 43. §. 3. D. *de vulg. et pup. substitut.* L. 30. §. 10. D. *de fideicomm. libertatib.* C. *Ian.* a COSTA Comm. ad §. 5. Institut. de hereditat. quae ab int. defer. Ausnahmen von dieser Regel hat *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXVII. Err. 2.

71) S. Hübner's Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Röm. Rechts. S. 93.

72) L. 141. §. 1. D. *de div. reg. iuris.*

vor der Antretung verkauft; so läßt sich auch nicht einmal in diesem Falle behaupten, daß hierdurch der Verkäufer gänzlich aufhöre Erbe zu seyn, und sein Erbrecht dergestalt auf den Käufer übertragen werde, daß dieser, wenn der Anfall der Erbschaft eintritt, nun die Erbschaft in eigenem Namen antreten könne [73]). Denn das Recht, eine Erbschaft anzutreten, steht Niemanden zu, als demjenigen, dem dieselbe deferirt worden ist [74]). Allein dem Käufer wird die Erbschaft nicht deferirt, weder ex testamento, denn er ist nicht instituirt, noch ab intestato, weil ihn das Gesetz nicht zur Erbschaft ruft, noch ex pacto; denn der Kauf gehört weder zu den caussis oder modis acquirendae noch amittendae hereditatis, wie Gerhard Noodt [75]) mit Recht sagt. Der Käufer kann also auch kein Recht haben, die Erbschaft anzutreten, als welche nach dem römischen Recht auch nicht einmal durch einen Bevollmächtigten angetreten werden kann [76]). Mag daher immerhin der Erbe die Erbschaft noch vor der Antretung derselben verkauft haben, dennoch wird die Erb-

73) Anderer Meinung ist zwar BESEKE in Comm. cit. de alienatione hereditatis Cap. V. §. 51. sqq. und Cap. VII §. 81. Allein ich kann diese Meinung mit meinen Grundsätzen nicht vereinigen. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. 65. Th. 4. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1940. u. 1941.

74) *L. 151. D. de Verb. Signif. L. 13. pr. L. 17. in fin. L. 18. L. 22. D. de acquir. vel omitt. heredit. L. 3. C. de institut. et substit.* S. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 4. nr. 5.

75) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Posset.* pag. 403. sq.

76) *L. 90. D. de acquir. vel omitt. heredit.* S. AVERANIUS Interpretat. iuris. Lib. I. cap. 12.

Erbschaft weder dem Käufer deferirt werden, noch von demselben angetreten werden können, weil dieses Recht keinem Andern zusteht, als dem Erben, der entweder vom Testator oder vom Gesetz zur Erbschaft gerufen ist. Die Erbschaft wird also auf jeden Fall dem Verkäufer anfallen, und von diesem angetreten werden müssen. Dieser ist also auch und bleibt der wahre Erbe. Zwar halten es die Gesetze für billig, daß der Käufer der Erbschaft an die Stelle des Erben trete, aber doch nur in Rücksicht der Wirkungen, so wie etwa der Fideicommissar, welchem die Erbschaft vermöge des Trebellianischen Senatusconsults restituirt worden ist, gleichsam als Erbe angesehen wird. So lehrt uns Julian *L. 54. pr. D. de heredit. petit.* Ei, qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, *non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur*, quemadmodum ei, *cui ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas restituta est*, petitio hereditatis datur [77]); und gerade so, wie von dem Fideicommissar gesagt wird, daß er loco heredis sey [78]), und daß Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung des Nachlasses ihn tanquam heredem treffen [79]); sagt Ulpian [80]) von dem Käufer der Erbschaft, aequissimum videri, *emtorem vicem heredis obtinere*. Was also zur Erbschaft im objectiven Sinn, für den Inbegriff der Güter und Sachen genommen, welche der Verstorbene hinterlassen hat, zu rechnen

77) S. *Ant.* FABER Rational. ad. h. L.

78) §. 3. 4. *et* 5. *I. de fideicommissar. heredit.*

79) *L.* 2. *D. ad SCt. Trebell.* §. 6. *I. de fideicomm. heredit.* S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXVII. Err. 5.

80) *L.* 2. §. 18. *D. h. t.*

nen ist, erhält der Käufer. Was aber zur Erbschaft, als Gegenstand des Kaufs betrachtet, gehört, ist nicht blos darnach zu bestimmen, was der Erblasser zur Zeit seines Todes besaß, sondern es ist auch die Vermehrung, welche die Erbschaft noch nachher bis zur Zeit des Verkaufs derselben, besonders durch die Früchte, erhalten hat, so wie auch deren Abgang in Anschlag zu bringen. *Hereditas* enim iuris nomen est, sagt Ulpian [81]) quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur. Hierauf gründet sich nun die Entscheidung der Frage bey Ulpian *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* auf welche Zeit man zu sehen habe, um den Betrag der Erbmasse beym Verkaufe einer Erbschaft zu bestimmen? Er entscheidet sie auf folgende Art.

In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, cum aditur hereditas: an ea, quae fuit, cum hereditas venundatur, videndum erit? Et verius est, hoc esse servandum, quod actum est; plerumque autem hoc agi videtur, *ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.*

Man soll also, sagt Ulpian, zwar zunächst darauf Rücksicht nehmen, was für eine Uebereinkunft unter den Contrahenten getroffen worden ist; ist aber desfalls nichts Ausdrückliches verabredet worden; so soll nicht blos auf die Zeit des Todes des Erblassers, wie etwa bey Berechnung der Falcidischen Quarte, auch nicht blos auf die Zeit der Antretung der Erbschaft gesehen, sondern es soll, der Absicht der Contrahenten gemäß, im Zweifel angenommen wer-

81) *L.* 178. §. 1. *D. de Verb. Significat.*

werden, daß zur verkauften Erbschaft alles gehöre, was bis zur Zeit des geschlossenen Kaufs, und also auch noch nach dem Tode des Erblassers, so wie nach der Antretung der Erbschaft, zu derselben gekommen ist. So erklärt auch diese Stelle Cujaz [82]), wenn er sagt: Haec est sententia legis, in venditionem hereditatis venire non ea tantum, quae fuerunt mortis vel aditionis tempore, sed etiam ea, *quae post mortem, aut post aditionem accesserunt.* Hereditas enim, licet nomen sit iuris, accessionem tamen et decessionem recipit. Si quid igitur accesserit post aditionem aut mortem, hoc in venditionem hereditatis venit: si quid tamen heredis facto decesserit, utputa si ante venditionem hereditatis rem hereditariam vendiderit, aut donaverit, pretium eius praestare debet. Apparet autem ex his, in exquirenda quantitate venditae hereditatis ita *venditionis tempus* spectari, *ut accessiones hereditatem augeant, decessiones heredis facto contingentes non deminuant*, quod in ponenda ratione legis Falcidiae non observatur. Hiermit stimmt auch Pothier [83]) überein, wenn er die Worte des Gesetzes *in id tempus, quo venditio* fit, nämlich a die mortis in id usque tempus etc. erklärt. Ganz jenem Grundsatz gemäß, und nicht blos darum allein, weil bey einer universitas iuris der Werth an die Stelle der veräusserten Sache tritt, muß also der Erbe, wenn er Sachen, die zur Erbschaft gehörten, schon vor dem Verkaufe derselben veräussert hat, den dafür erhaltenen Preis dem Käufer erstatten. Hat er hingegen erbschaftliche

82) Observation. Lib. II. cap. 30.

83) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. f.

liche Sachen selbst noch nicht erhalten, weil sie in fremden Händen sich befinden; so muß er wenigstens dem Käufer die ihm deshalb zuständigen Klagen cediren. Es versteht sich aber freylich, daß er Alles, was er von der Erbschaft selbst in Händen hat, dem Käufer in Natur abliefern müsse. Was er hingegen an Schulden des Erblassers und Vermächtnissen bereits bezahlt hat, gehört nicht mehr zur Erbschaft, die er zu übergeben hat. Denn wenn Etwas durch eine Handlung des Erben von der Erbschaft abgekommen ist, so sieht man darauf, ob es der Erbschaft hätte erhalten werden können. Vermächtnisse und Schulden des Erblassers hätte ja aber auch der Käufer bezahlen müssen. Was jedoch durch Verschulden des Erben vor dem Verkaufe von der Erbschaft abgekommen ist, darf der Verkäufer nur insofern vergüten, als ihm deshalb ein dolus, oder eine culpa lata zur Last fällt. Für einen dolus wird ihm aber auch billig angerechnet, was er noch hätte von der Erbschaft erhalten können, aber wissentlich zu erhalten unterließ. Noch mehr aber dasjenige, was er von der Erbschaft verschenkt, oder den Erbschaftsschuldnern erlassen hat, wenn er es nachher dem Käufer verschwieg. Für ein geringes Versehen hingegen steht der Erbe vor dem Verkaufe nicht. Denn er war zu keinem Fleiße verbunden. Allein nach dem Verkaufe haftet er, wie jeder andere Verkäufer, auch für culpa levis, ja sogar für das geringste Versehen, wenn Etwas durch seine Schuld verlohren geht [84]). Hatte der Verkäufer bey Gelegenheit der Erbschaft, z. B. durch Erhebung einer Nicht-schuld,

84) S. §. 984. S. 105. dieses Bandes. Vergl. auch Thibaut Syst. des Pand. Rechts 2. B. §. 736. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Porro*, pag. 402.

schuld, einen Gewinn gemacht, so braucht er diesen dem Käufer nicht zu berechnen. Was er hingegen bey Gelegenheit eines vom Verkaufe ausgenommenen Grundstücks erwarb, gehört noch zur Erbschaft, und wenn sich der Erbe zur Sicherheit etwa von einem Schuldner des Erblassers einen Bürgen stellen ließ, so muß er dem Käufer seine Ansprüche an ihn cediren. Hierdurch erhalten nun folgende Gesetzstellen Aufschluß.

L. 2. §. 3. *D. h. t.* Pervenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur, quaeritur? Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, *quatenus mandare potest earum rerum persecutionem, actionesque tribuere* [85]). Enimvero ubi corpora nactus est, vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse. Sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, palam est, ad eum pretia rerum pervenisse [86]). Illud retinen-

85) Es tritt hier die Regel ein: Is, qui non alia de causa tenetur, quam quod habeat actiones, earum praestatione ac delegatione liberatur. *L.* 51. *in fin. D. de peculio.*

86) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. macht hierbey folgende Bemerkung. Non ergo ea pretia restituit, *quasi subrogata in locum et vicem rerum hereditariarum:* nec quasi conventus iudicio universali ob id, quod actione ex emto propter venditam hereditatem conveniatur. Sed quia negare non potest, quin ea habeat, si non ex hereditate et rebus hereditariis, cum pretium non tam ex re, quam ex negotiatione percipiatur, *L.* 21. *D. h. t.* saltem occasione hereditatis. Quod sufficit, ut ad eum pervenisse videantur ex hereditate, et ea proinde restituere debeat. *L.* 59. *in fin. D. ad SCtum Trebell.*

nendum est; *cum effectu videri pervenisse*, non *prima ratione* [87]); idcirco quod *legatorum nomine* quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse: sed et si quid *aeris alieni* est, vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur. Sed et rerum *ante venditionem* donatarum pretia [88]) praestari, aequitatis ratio exigit.

L. 2. §. 4. *D. eod.* Non tantum autem, quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emtori restituendum est.

L. 2.

87) *Prima ratione* heißt hier eben so viel, als *prima facie*, wie Cajus sagt *L.* 13. *D. ad SCtum Vellejan.* Dem ersten Ansehen nach gehören nun allerdings auch Schulden und Vermächtnisse zur Erbschaft. Allein beyde müssen bezahlt werden. Sie gehören also nicht cum effectu zur Erbschaft, nicht zu dem, was des Käufers Gewinne überlassen wird, und bey der Erbschaft bleibt. S. *Ant.* FABER Rational. ad h. L.

88) BESEKE de alienatione hereditatis pag. 243. not. v. glaubt, diese Leseart könne nicht bestehen, sondern der ganze Zusammenhang lehre, daß pretia NON praestari gelesen werden müsse. Denn Ulpian stelle die Regel auf, es solle die Erbschaft in dem Zustande prästirt werden, in welchem sie sich zur Zeit des Verkaufs derselben befand. Hat nun der Erbe schon vorher Sachen verschenkt, so habe er sie ja von dem Seinen verschenkt, und sich seines Rechts bedient. Wie könnte also der Käufer den Werth derselben ersetzt verlangen? Allein wer sieht nicht, daß diese Aenderung auf einer unrichtigen Auslegung beruhet? Wäre freylich das, was vor dem Verkaufe der Erbschaft verschenkt worden ist, bey Schließung des Kaufs ausgenommen worden, so würde natürlich der Käufer dafür nichts ersetzt verlangen können, wie *Ant.* FABER Rational. ad h. L. mit Recht bemerkt.

L. 2. §. 5. D. eodem. Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quominus ad eos perveniat, et hoc emtori praestandum est. *Fecisse autem dolo malo, quominus perveniat*, videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit: vel id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed *lata culpa* admiserit aliquid, utique tenebitur [89]) *Deperdita autem et deminuta* [90]) *sine dolo malo venditoris non praestabuntur.*

L. 2.

89) Es ist dieses von der Zeit vor dem Verkaufe zu verstehen. Der Erbe konnte zwar damals ohne Zweifel, als Eigenthümer, Sachen verkaufen, auch Schuldner der Erbschaft ihrer Verbindlichkeit entlassen. Sed tamen, sagt hier Anton Faber sehr richtig, incipit postea *dolo malo* facere, cum vendit hereditatem tanquam universaliter continentem, quicquid ad eum ex hereditate pervenit, non detractis rebus ante venditis, nec debitoribus liberatis, ac si nihil ex hereditate diminutum esset, ut in *L. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except.* Decipit enim emtorem, qui pretium hereditati dicit tanquam integrae, nec ullo ipsius heredis facto deminutae. Man sehe auch, was an einem Orte dieses Commentars, §. 984 S. 105. f. darüber gesagt worden ist.

90) *Deminutum* geht hier darauf, was usucapirt, und dadurch von der Erbschaft abgekommen ist; *Deperditum*, was ganz zu existiren aufgehört hat. *L. 21. D. de hereditat. petitione.* Dieß braucht nicht geschehen zu seyn, ehe der Erbe die Erbschaft in seine Hände bekam, wie Beseke S. 247. Not. c. glaubt. Es ist genug, wenn es vor dem Verkaufe geschahe, und dem Verkäufer der Erbschaft deshalb weder ein Dolus noch culpa lata zur Last fällt. S. FABER Rational. in h. L.

L. 2. §. 7. *D. eod.* Solet quaeri, an et si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emtori restituere id debeat? Et est apud IULIANUM haec quaestio tractata *libro VI. Digestorum*, et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem, et quod non debitum solverit, non reputare. Nam hoc servari, ut heres emtori non praestat, quod non debitum exegerit: neque ab eo consequatur, quod non debitum praestiterit [91]). Si autem condemnatus praestiterit: hoc solum heredi sufficit, esse eum condemnatum *sine dolo malo suo*: etiamsi maxime creditor non fuerit is, cui condemnatus est heres [92]) Quae sententia mihi placet.

L. 2. §. 8. *D. eodem.* Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes, quas ipse heres constituit, dicendum erit, praestari emtori debere. Itaque et si fideiussorem acceperit ab hereditario debitore: ipsam hanc actionem, quam habet heres,

91) Hat der Erbe eine Nichtschuld bezahlt, so ist dies ein Schaden, den er nicht als Erbe leidet, sondern weil er ein indebitum bezahlt hat, wie Ulpian *L.* 2. §. 10. *D. h. t.* argumentirt. Er kann also deshalb dem Käufer der Erbschaft nichts anrechnen.

92) Ist der Erbe durch eine ungerechte Sentenz des Richters verurtheilt worden, einem vermeintlichen Gläubiger etwas zu bezahlen, was er nicht schuldig war; so kann er dieses dem Käufer abziehen, er muß nur wegen der Erbschaft selbst, und nicht etwa wegen seiner eigenen Handlung verurtheilt worden seyn. Denn die exceptio rei iudicatae geht von der Person des Verkäufers auch auf den Käufer über. *L.* 9. §. *ult. L.* 11. §. 9. *et L.* 28. *D. de except. rei iudicatae.*

heres, praestare emtori debebit. Sed et si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem: praestare debebit hanc ipsam actionem, quam nactus est.

L. 2. §. 9. D. eodem. Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

§. 10. eiusd. L. Denique si rem hereditariam heres vendiderit, ac per hoc fuerit condemnatus, non habet contra emtorem actionem: quia non ideo condemnatur, quod heres esset, sed quod vendiderit [93]).

Sed

93) Es ist hier der Fall anzunehmen, daß die veräusserte Sache evincirt worden ist, entweder weil sie nicht dem Erblasser gehörte, sondern eine fremde Sache war, oder weil ein Dritter ein Pfandrecht darauf hatte. Ist deswegen der Verkäufer verurtheilt worden, entweder das Duplum zu leisten, wenn es auf den Fall der Entwährung stipulirt war, oder das Kaufgeld nebst dem Interesse zu erstatten; so kommt es darauf an, ob er den Preis der verkauften Sache bereits an den Käufer der Erbschaft abgeliefert hat, oder nicht. Im ersten Falle kann der Verkäufer gegen den Käufer ex vendito auf Entschädigung klagen. Denn der Käufer der Erbschaft hat durch Annahme des Preises den Verkauf genehmiget. Er kann also dem Verkäufer deshalb nichts weiter zur Last legen, und da er den Gewinn aus diesem Verkaufe erhalten hat, so darf er sich auch nicht weigern, den Schaden zu übernehmen, der durch die Verurtheilung des Verkäufers aus diesem Verkaufe erwachsen ist. Es folgt dieses aus dem §. 9. vorausgeschickten Princip, wie auch das Wort *denique* anzeigt, welches die Römischen Rechtsgelehrten zu gebrauchen pflegen, wenn sie aus dem Vorhergehenden eine Folge ableiten. S. FABER Rational. ad h. L. In dem letztern Falle hingegen hat der Verkäufer der Erbschaft

gegen

Sed si pretium rei distractae emtori hereditatis dedit, videamus, an locus sit ex vendito actioni? Et putem esse.

L. 3. D. h. t. Si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emtori teneri.

L. 25. D. eodem. Si *excepto fundo hereditario*, venit hereditas: deinde eius fundi nomine venditor aliquid acquisiit, debet id praestare emtori hereditatis [94]).

PAU-

gegen den Käufer keine Klage. Denn der Käufer übernimmt nur den Schaden, der sonst den Verkäufer als Erben belästigen würde, wenn ihn der Käufer deshalb nicht entschädigte. In diesem Falle aber hat der Verkäufer dasjenige, was er der Verurtheilung gemäß geleistet hat, nicht als Erbe prästirt, sondern blos als Verkäufer; daher kann er hier keinen Ersatz von dem Käufer der Erbschaft fordern. S. FABER Rational. ad h. L.

94) Es wird hier vorausgesetzt, daß die Erwerbung zwar ex causa, quae praecessit venditionem, aber doch erst nach dem Verkaufe geschehen sey. Daher kann wohl hier nicht die Rede von Früchten seyn, die der Verkäufer seit dem Tode des Erblassers von dem ausbedungenen Grundstück gezogen hat, wie *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. diese Stelle erklären will. Diese Erklärung ist, ausser ihrer Unwahrscheinlichkeit, auch schon den Worten DEINDE eius fundi etc. entgegen, wie Westphal vom Kaufe §. 842. S. 630. ganz richtig gegen Faber erinnert hat. Allein man kann sich ja hier den Fall denken, der fundus exceptus sey ein ager emphyteuticarius, und der Verkäufer der Erbschaft habe noch nachher wegen dieses Grundstücks einen Canon oder ein Laudemium eingenommen. Dieses würde er dem Käufer, als noch zur Erbschaft gehörig, herausgeben müssen.

PAULUS. Immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam rem debebit emtori venditor. *Nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur: non secus, ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.*

Hat der Erbe nach dem Verkaufe der Erbschaft eine dazu gehörige Sache verkauft, noch ehe er die Erbschaft dem Käufer tradirt hatte, so sehen die Gesetze einen solchen Verkauf als eine negotiorum gestio für den Käufer an. War daher der Verkauf für ihn nützlich, so kann er von dem Verkäufer verlangen, daß ihm derselbe den erhaltenen Preis abliefere, oder wenn ihn der dritte Käufer der Sache noch nicht bezahlt hat, die Klage gegen ihn cedire. Genehmigt er hingegen den Verkauf nicht, so kann der Käufer auch darauf bestehen, daß ihm der Verkäufer die Sache selbst übergebe. Er, der Käufer selbst, hat jedoch gegen den dritten Käufer und Besitzer keine Realklage. Denn vor der Uebergabe der Erbschaft war der Verkäufer derselben noch Eigenthümer, er konnte daher auch das Eigenthum einzelner dazu gehöriger Sachen auf Andere übertragen. Der Käufer der Erbschaft kann also hier nur actione emti gegen den Verkäufer auf das Interesse klagen, wenn er ihm die Sache selbst nicht tradiren kann. Wie aber, wenn die verkaufte Sache bey dem Käufer derselben durch einen Zufall zu Grunde gegangen wäre, welche die Sache auch bey dem Verkäufer selbst betroffen haben würde? Kann hier der Verkäufer den Käufer der Erbschaft die Einrede entgegensetzen, daß er den Schaden hätte tragen müssen, wenn die Sache nicht verkauft worden wäre? Wäre hier nicht von dem Verkaufe

kaufe einer Erbschaft, sondern blos einer res singularis die Rede, so hätte diese Einrede allerdings Statt, und der Verkäufer würde hier dem Käufer zu Nichts mehr verbunden seyn, wenn ihm nur kein Verzug in Rücksicht der Uebergabe zur Last fällt. Zwar muß auch der Verkäufer einer res singularis dem Käufer wenigstens das noch abliefern, was von der zu Grunde gegangenen Sache noch übrig ist. Allein der aus der Sache gelösete Preis ist nicht als ein Theil der Sache anzusehen, sondern der Verkäufer hat ihn blos durch den geschlossenen Handel gewonnen, und da er den Handel in eigenem Namen schloß, so hat der Käufer daran keinen Anspruch. Ganz Anders verhält sich die Sache beym Verkaufe einer Erbschaft. Hier wird, als stillschweigende Uebereinkunft, angenommen, daß alles, was der Verkäufer nachher noch als Erbe vorgenommen hat, für den Käufer der Erbschaft, in der Eigenschaft eines negotiorum gestoris desselben, geschehen sey, und daher auch dem Käufer alles dasjenige prästirt werden müsse, was der Verkäufer, als zur Erbschaft gehörig, noch nachher eingenommen hat. Der Verkäufer der Erbschaft kann also dem Käufer derselben nicht entgegensetzen, daß er ja die Sache auch nicht hätte verkaufen können, und dann, wenn die Sache bey ihm durch Zufall verunglückt wäre, dem Käufer deshalb Nichts hätte vergüten dürfen. Denn auch der Verkäufer eines Grundstücks kann dem Käufer die Früchte, die er noch nach dem Verkaufe, und vor der Uebergabe desselben, durch seinen Fleiß gezogen hat, nicht aus dem Grunde vorenthalten, daß er ja das Grundstück, was er nun ohnehin nicht mehr behalten konnte, sondern gleichsam nun als ein ihm nicht mehr gehöriges anzusehen hatte, auch hätte ungebaut lie-

gen

gen lassen können; er würde dann für keine Früchte haben stehen dürfen, wofern ihm nur in Rücksicht der Uebergabe kein Verzug zur Last gelegt werden kann. So wie es nun der bona fides gemäß ist, daß der Verkäufer die Sache mit den Früchten übergebe, welche er vor der Uebergabe gezogen hat, weil der Käufer gleich von Zeit des geschlossenen Contracts an auch die Lasten der Sache zu tragen hat [95]); eben so muß auch der Verkäufer der Erbschaft den Preis einer vor der Uebergabe verkauften erbschaftlichen Sache herausgeben, weil er dem Käufer alles, was zur Erbschaft gehört, überliefern muß. So spricht sich der Geist folgender Gesetzstellen aus.

L. 21. D. h. t. Venditor ex hereditate [96]), interposita stipulatione [97]), rem hereditariam persecutus, alii

95) *L. 13. et L. 16. Cod de act. emti et vend.*

96) Die Worte: *Venditor ex hereditate* erklärt Cujaz in Iulio Paulo s. Comm. in Lib. XVI. Quaestion. Pauli ad h. L. *Oper. postum.* T. II. pag. 1185. edit. *Fabrot.* durch venditor hereditatis. Allein Westphal vom Kauf §. 844. glaubt, die Worte *ex hereditate* gehörten nicht zu venditor, sondern zu den Worten rem hereditariam persecutus. Um jedoch den Pleonasmus zu vermeiden, könnte man, dächte ich, auch die Worte *ex hereditate* mit den Worten interposita stipulatione verbinden, und nach Venditor das Unterscheidungszeichen setzen. *Ex hereditate* wäre denn soviel als de hereditate. Wie gewöhnlich aber ex für de gebraucht wird, lehrt BRISSONIUS h. v.

97) Die Versicherung, welche sich der Käufer gewöhnlich von dem Verkäufer der Erbschaft stipulirte, ward in die Formel eingekleidet: *Quanta pecunia ad te ex hereditate Titii pervenerit, dolove malo tuo factum est, eritve, quominus perveniat, pervenerit ve, item quaecunque actio, petitio, persecutio eo nomine tibi competierit, ea omnia recte praestari.* L. 50. §. 1. *D. de*

alii vendidit. Quaeritur, quid ex ſtipulatione praeſtare debeat. Nam bis utique non committitur ſtipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem ſi, poſteaquam rem vendidit heres, interceſſit ſtipulatio, credimus, pretium in ſtipulationem veniſſe: quod ſi anteceſſit ſtipulatio, deinde rem nactus eſt, tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit, et is deceſſerit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichi promiſſor, ſi eum vendidiſſet, mortuo eo, ſi nulla mora proceſſiſſet. Sed ubi hereditatem vendidi, et poſtea rem ex ea vendidi, poteſt videri, ut negotium eius agam, quam hereditatis [98]. Sed hoc in re ſingu-

de Verb. Obligat. *L.* 97. *L.* 178. §. 2. *D. de Verb. Signif.* Was aber das Wort *pecunia* hier bedeute, lehrt Ulpian *L.* 178. *pr. D. de V. S.* welche Stelle mit *L.* 2. *D. h. t.* zu verbinden iſt, denn beyde ſind *ex Ulpiani libro* 49. *ad Sabinum* entlehnt. Wie die Stipulation des Verkäufers gelautet habe, findet ſich nirgends. Daß er aber ſtipulirt habe, läßt ſich aus §. 6. *I. de fideicomm. hereditat.* und *L.* 178. §. *ult D. de Verb. Sign.* ſchließen. *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 405. ſtellt die Formel auf folgende Art her: *Quantam pecuniam eius, quod defunctus debuit, dedero, ſolvere, praeſtitero hereditario nomine, tantam pecuniam dare ſpondes?* Von dieſen ſtipulationibus emtae et venditae hereditatis inter emtorem et venditorem interpoſitis handeln vorzüglich CUJACIUS Obſervat. Lib. II. cap. 30. und NOODT c. l. pag. 400. ſqq.

98) Cujaz in Comm. ad libr. XVI. Quaeſt. Pauli h. l. erklärt dieſe Worte ſo: ut negotium *potius* emtoris hereditatis, quam negotium meum agam. Dieſe Erklärung hat auch die Auctorität mehrerer Handſchriften für ſich, welche agam *potius* leſen. So lieſet z. B. unſer Erlanger Codex. *Ant.* AUGUSTINUS

 Emen-

singulari non potest credi. Nam si eundem hominem tibi vendidero, et, nec dum tradito eo, alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex emto; quoniam moram in tradendo non feci [99]). *Pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur*, et sic fit, quasi alii non vendidissem [100]); tibi enim rem debebam,

Emendation. Lib. IV. cap. 7. hält diese Leseart auch für die einzig wahre. Hingegen *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. will diese Worte so verstehen: ut *tam* negotium eius (sc. emtoris) agam, quam hereditatis. Westphal vom Kauf §. 844. S. 634. erklärt, von beyden abweichend: ut negotium eius (sc. *hereditatis*) agam, quam (oder *tanquam*) hereditatis. Die Erklärung des Cujaz verdient unstreitig den Vorzug. Man sehe auch POTHIER Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VII. not. k. pag. 501.

99) Das heißt, wenn ich dem Andern eine res singularis verkauft, und diese Sache nachher noch vor der Uebergabe einem Dritten käuflich überlassen, und von demselben das Kaufgeld erhalten habe; so bin ich, wenn diese Sache bey dem dritten Käufer zufällig zu Grunde gehen sollte, ohne daß mir von dem ersten Käufer ein Verzug in Rücksicht der Uebergabe der Sache zur Last gelegt werden kann, demselben aus dem Kaufe zu Nichts verbunden. Denn man kann hier nicht sagen, der Verkäufer habe durch den Verkauf der Sache an einen Dritten negotium prioris emtoris gerirt. Er handelte hier mehr zu seinem eigenen Nutzen, als zum Nutzen des ersten Käufers. Daher hätte ihn auch die poena falsi getroffen, wenn die Sache nicht zu Grunde gegangen wäre. *L. 21. D. de lege Cornel. de falsis.*

100) Das heißt: ich bin dem ersten Käufer den von dem zweyten Käufer erhaltenen Preis eben so wenig herauszugeben schuldig, als wenn ich die Sache gar nicht weiter verkauft hätte, sondern dieselbe bey mir selbst zu Grunde gegangen wäre.

bam, non actionem [1]). *At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam* [2]); quemadmodum

 fundi

1) Das ist, wenn der zweyte Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt hätte, so würde der erste Käufer, in dem Fall, da die ihm verkaufte Sache zu Grunde ging, ohne daß ein Verzug von meiner, des Verkäufers, Seite daran schuld war, nicht haben verlangen können, daß ich ihm gegen den zweyten Käufer die mir gegen diesen zustehende Klage cedire. Denn ich war vermöge des Contracts nur zur Uebergabe der Sache verbunden; die Klage aber entspringt aus einem Geschäft, welches ich in meinem Namen, und nicht im Namen des ersten Käufers geschlossen habe. War ich also zur Cession der Klage nicht gehalten, so kann er nun auch, wenn durch die Bezahlung des Kaufgeldes meine Klage gegen den zweyten Käufer erloschen ist, von mir nicht verlangen, daß ich ihm, statt der Sache, den erhaltenen Preis herausgebe. Und war ich durch den Untergang der Sache von meiner Verbindlichkeit zur Uebergabe befreiet, so kann der Käufer auch gegen mich wegen des von dem zweyten Käufer erhaltenen Preises keine Klage haben. Man sehe Cujaz und Anton Faber ad h. L. auch POTHIER Pand. Iust. h. t. nr. VII. not. n.

2) *Ant.* FABER Rational. in h. L. setzt den Unterschied darin. Der Käufer der Erbschaft erwerbe durch den bloßen Kauf, auch ehe noch die Uebergabe erfolgt ist, actiones utiles gegen die Schuldner der Erbschaft, vermöge der bekannten Verordnung des Kaisers Pius, so wie beym Kaufe einer Schuldforderung. *L. 8. L. ult. Cod. h. t.* Der Käufer einer res singularis hingegen acquirire gegen den Verkäufer nichts als die persönliche Klage ex emto. Daraus erkläre sich denn, warum man in diesem Falle nicht so, wie in dem ersten, annehmen könne, der Verkäufer, wenn er nachher die Sache noch vor der Uebergabe einem Andern verkauft hat, habe negotium prioris emtoris gerirt.

fundi venditor fructus praestet [3]) bonae fidei ratione; quamvis si neglexisset, ut alienum, nihil ei imputari [4]) possit, nisi si culpa eius argueretur [5]).

L. 6. Cod. h. t. Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit,

3) So lieset die Florentinische Ausgabe. Andere Ausgaben und Handschriften lesen *praestaret*. So z. B. unser Erlanger Codex, Haloander und Baudoza Cestius. Brenkmann will lieber *praestat* lesen. Die Leseart *praestaret* scheint mir den Vorzug zu verdienen.

4) Die Florentinische Ausgabe hat hier *imputare*. Allein der Leseart *imputari*, welche Haloander, Baudoza, und auch mehrere Handschriften, z. B. unser Erlanger Codex, haben, giebt Brenkmann mit Recht den Vorzug.

5) *Ant.* FABER Rational. in h. L. will diese Periode nicht auf die unmittelbar vorhergehende, wo von dem Verkäufer der Erbschaft die Rede ist, sondern auf den vorher vom Paulus erörterten Fall beziehen, da eine res singularis verkauft worden. Der Sinn soll also der seyn. So wenig in jenem ersten Falle der Verkäufer angehalten werden könne, den von dem zweyten Käufer erhaltenen Preis dem ersten Käufer herauszugeben; eben so wenig dürfe er auch in dem letzten Falle die Früchte dem Käufer vergüten, welche er nicht gezogen hat, gesetzt auch, daß er sie noch hätte percipiren können. Allein diese Erklärung ist ganz widersinnig, denn von fructibus percipiendis war gar keine Frage. Richtiger erklärt POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. VII. not. a. pag. 502. dem ich im Text gefolgt bin. Auch die Erklärung des Cujaz, welche nicht viel von der Faberschen abweicht, so wie des Westphal vom Kaufe §. 844. S. 634. scheint mir keinen Beyfall zu verdienen.

fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogetur.

Aus der ersten Gesetzstelle lernten wir zugleich den wichtigen Unterschied kennen, welchen Paulus zwischen dem Käufer einer Erbschaft und dem einer singulairen Sache auseinandersetzte. Er führt aber noch einen andern Fall an, wo es zweifelhaft zu seyn scheint, ob nicht auch der Verkäufer einer singulairen Sache, wenn er die verkaufte Sache nachher an einen Dritten noch vor der Uebergabe wieder veräussert hat, als ein negotiorum gestor des ersten Käufers anzusehen sey? Ich habe nämlich eine Sache verkauft, die ein Dritter besitzt. Gegen diesen stelle ich die Reivindication an. Der Besitzer wird auch zur Herausgabe der Sache verurtheilt, allein wegen hartnäckiger Verweigerung derselben werde ich zum Würderungseide gelassen, und erhalte die mir gerichtlich zuerkannte litis aestimatio. Eine solche litis aestimatio wird einem Kaufe gleichgeachtet [6]). Es fragt sich nun, wozu ich hier dem Käufer verbunden sey? Man sollte denken, da ich die Sache gleich anfangs nicht besaß, und solche also dem Käufer nicht tradiren konnte, so hätte ich das, was geschehen ist, im Namen des Käufers gethan, und dieser habe daher an der von mir erstrittenen litis aestimatio einen gerechten Anspruch. Allein so entscheidet dennoch Paulus nicht. Denn ich habe hier die Sache selbst, und nicht die Klage gegen den Dritten verkauft. War gleich die Sache in den Händen eines Dritten, so war ich dennoch Eigenthümer derselben. Ich konnte also auch mein Eigenthum verkaufen, so gut ich dem Käufer auch die Reivindi-

6) *L. 1. L. 2. §. ult. L. 3. D. Pro emtore.*

vindication hätte verkaufen und cediren können [7]). Da ich ihm aber die Klage nicht verkauft habe, so kann er auch den dadurch erstrittenen Vortheil mit Recht nicht verlangen. Ihm steht daher gegen mich nur die actio ex emto zu, und mit dieser kann er weiter nichts von mir fordern, als daß ich ihm die Sache übergebe, und da ich dieses nicht vermag, daß Interesse leiste [8]). Die litis aestimatio hingegen kann weit mehr betragen, als der Werth der Sache und das Interesse. Denn der Würderungseid, wodurch sie bedingt ist, soll eine Strafe des Ungehorsams seyn [9]). So erklärt sich nun folgende Stelle auf.

L. 21. D. h. t. Quid, si rem, quam vendidi, alio possidente, petii, et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem: *non enim actiones ei, sed rem praestare debeo.*

Da der Käufer der Erbschaft gleichsam an die Stelle des Erben tritt, so gehören ihm auch alle Activforderungen des Erblassers. Sollte also der Verkäufer der Erbschaft selbst dem Erblasser schuldig gewesen seyn, so ist diese Schuld als Etwas anzusehen, was aus der Erbschaft an den Verkäufer gekommen ist. Denn die Erbschaft befreyete ihn von einer Verbindlichkeit durch Confusion. Er muß daher diese Schuld an den Käufer bezahlen. Ein Gleiches findet Statt, wenn ein Dritter dem Erblasser schuldig war, und nach dem Tode desselben der Verkäufer der Erbschaft des Schuldners Erbe geworden ist. Hier haftet

7) *L. ult. Cod. h. t.*

8) *L. 1. pr. D. de act. emti et vend. L. 4. Cod. eodem. L. 17. Cod. de fide instrum.*

9) *L. 1. et 8. D. de in litem iur. L. ult. D. de fideiussor.*

haftet nun der Verkäufer selbst für diese Schuld dem Käufer. Beyde Fälle trägt Afrikan *L.* 20. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* folgendermassen vor.

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris, ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex emto teneberis. Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo heres extitit, et hereditatem vendidit.

Ist der Verkäufer der Erbschaft nicht der alleinige Erbe, sondern es ist mit ihm noch ein Anderer zur Erbschaft gerufen, der aber nicht Erbe wurde, gleichviel, ob er die Erbschaft ausschlug, oder darum nicht dazu gelangte, weil die Bedingung, unter welcher er war zum Erben eingesetzt worden, nicht existirte; so entsteht die Frage, ob der Käufer der Erbschaft auf diesen vakanten Erbtheil Anspruch machen könne? Die Gesetze haben diese Frage nirgends berührt, geschweige entschieden. Sie setzen überall den Fall voraus, da die Erbschaft von einem Universal-Erben verkauft worden ist. Daher sind auch die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Entscheidung derselben sehr verschieden. Es giebt darüber fünf verschiedene Meinungen. Ein Theil [10]) behauptet, daß mit dem Verkaufe

10) *Franc.* DUARENUS de iure accrescendi libr. II. cap. 6. *Oper.* pag. 1090. *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi lib. §. *Secundo quaeritur* (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. IV. pag. 782.) *Helf. Ulr.* HUNNIUS variar. R. solution. iuris civ. Lib. III. Tract. VII. P. I. Qu. 8. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXX. §. 68. und besonders *God. Lud.* MENCKEN Diss. de iure accrescendi vendita hereditate ad emtorem pertinente. *Lipsiae* 1747. (in *Opuscul.* Nr. IX.)

kaufe der Erbschaft auch das erbschaftliche Anwachsungsrecht auf den Käufer übergehe, weil er an die Stelle des Erben trete, und Ulpian *L. 2. pr. D. h. t.* überhaupt lehre, inter ementem et vendentem id agi, *ut neque amplius neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset.* Ja man glaubt, es könne gar kein Zweifel Statt finden, wenn man mit Julian *L. 33. §. 1. D. de usufructu* zum Grundsatz annehme, *portionem hereditatis vacantem portioni residuae accrescere instar alluvionis.* Ein anderer Theil [11]) überzeugt sich zwar, daß dem Käufer der Erbschaft kein ius accrescendi zustehen könne, weil er nicht Erbe wird, sondern nach der ausdrücklichen Verordnung der Gesetze der Verkäufer Erbe bleibt. Nam portio vacans personae heredis, non hereditati accrescit. Weil aber dennoch der Verkäufer der Erbschaft alles an den Käufer abliefern müsse, und zwar, wie Ulpian L. 2. §. 4. *D. h. t.* ausdrücklich lehrt, non solum, quod ad venditorem hereditatis iam pervenit, *sed et quod quandoque pervenerit*, eben so, als wenn der Käufer selbst Erbe wäre, so könne dieser mit Recht von dem Verkäufer die Abtretung dessen verlangen, was in Ansehung des verkauften Erbtheils demselben nachher accrescirt.

Eine

11) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Posset.* (*Oper.* T. II. pag. 403. sqq.) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Balth.* BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. I. Cap. 2. et Dec. II. in Addend. pag. 285. sqq. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. *Ios.* FINESTRES Praelection. Cervariens. ad Titulum Pandectar. de acquir. vel omittenda hereditate P. II. Cap. XI. §. 56—61. pag. 443. sqq. *Ern. Christ.* WESTPHAL Diss. de iure accrescendi inter coheredes. *Halae* 1761. Cap. I. §. 5. nr. V. pag. 16. und Desselben Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf.

Eine dritte Parthey [12]) spricht hingegen dem Käufer alles Recht auf die dem Verkäufer nachher noch accrescirte Erbportion ab, wenn sie ihm nicht ausdrücklich mit verkauft worden ist. Denn der ganze Streit, sagt diese Parthey, betrifft eine quaestio facti, nämlich was zwischen dem Käufer und Verkäufer bey Schließung des Contracts verhandelt worden, und was im Zweifel, ihrer Intention gemäß, anzunehmen sey. Nur die Grundsätze von der Auslegung der Verträge müssen daher entscheiden, ob die accrescirte Portion dem Verkäufer oder dem Käufer gehöre. Diesen Leitfaden gebe Ulpian selbst an die Hand. Denn die *L.* 2. *D. h. t.* sey aus desselben *libro* 49. *ad Sabinum*

Kauf rc. §. 851. und Ant. Fried. Just. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 844.

12) *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XII. cap. 13. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 5. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 55. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LXV. Th. 5. et 6. besonders *Io. van der* VOORT de iure accrescendi venditori non emtori hereditatis competente. *Lugd. Batav.* 1721. *Lud. God.* MADIHN Diss. de iure adcrescendi post venditam hereditatem. *Halae* 1772. *Ios. Lud. Ernst.* PÜTTMANN Disp. de iure adcrescendi ad emtorem hereditatis haud pertinente. *Lipsiae* 1780. *Ge. Hen.* FEIL Diss. de iure accrescendi vendita hereditate penes venditorem remanente. *Goettingae* 1784. und *Martin.* ASCHENBRENNER Diss. de iure accrescendi vendita hereditate in dubio venditori competente. *Bambergae* 1802. Diesen sind noch beyzufügen *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. I. §. 7. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 544. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1941.

binum genommen. Vergleicht man nun sämmtliche aus diesem Buche des Ulpian entlehnte, und in den Pandecten zerstreueten Fragmente, so wie sie Hommel in seiner Palingenesie [13]) zusammengestellt hat, so werde man daraus ersehen, daß Ulpian in diesem Buche die Lehre von der Auslegung der Verträge abgehandelt habe [14]). Der Inhalt der *L. 2. D. h. t.* setze dieses vollends ausser Zweifel. Denn im §. 1. gebe Ulpian die Regel: In hereditate vendita, cum *de quantitate* eius quaeritur, hoc esse servandum, *quod actum est:* plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit *in id tempus, quo venditio fit*, id videatur venisse. Diese Regel auf den gegenwärtigen Fall angewandt, entscheide hier alles. War also 1) bey Schließung des Kaufs ausdrücklich verabredet worden, daß der Erbtheil des Miterben auf den Fall, da er dem Verkäufer accresciren würde, dem Käufer zugleich mit verkauft seyn, und überlassen werden solle: so müsse es, Ulpians Regel zu Folge, bey der Verabredung bleiben, und der Käufer könne, wenn jener Fall eintritt, den accrescirten Theil actione emti mit Recht abfordern. 2) Wenn aber dieses nicht ausdrücklich verabredet worden, es war jedoch der Erbtheil des Miterben zur Zeit des geschlossenen Contracts schon eröfnet, und von dem Verkäufer der Erbschaft durch Accretion erworben; so gehöre er, wofern er nicht ausdrück-

13) Palingenesia libror. iuris veter. Tom. III. pag. 583. sqq.

14) Man vergleiche *L. 3. et L. 38. D. de Verb. obligat. L. 178. D. de Verb. Signif.* welche alle aus ULPIANI *libro 49. ad Sabinum* genommen sind. S. *Abr.* WIELING Iurisprud. restituta. Tom. I. pag. 315.

lich ausgenommen worden, nach Ulpians Regel zur verkauften Erbschaft. 3) Wäre er hingegen zur Zeit des geschlossenen Contracts noch nicht vakant gewesen, weil damals der Miterbe noch deliberirte, oder die Bedingung der Erbeinsetzung noch schwebte; so stehe dem Verkäufer das ius accrescendi, als wahrem Erben, zu, und der Käufer könne den Gewinn desselben nicht verlangen, sondern müsse sich, Ulpians Regel gemäß, mit dem Theile der Erbschaft begnügen, welchen der Verkäufer zur Zeit des geschlossenen Handels daran hatte. Denn im Zweifel sey nicht zu vermuthen, daß ihm der Verkäufer mehr als seinen Erbtheil habe verkaufen wollen, weil er ja wegen des zur Zeit des Verkaufs noch nicht eröfnet gewesenen Erbtheils seines damals noch deliberirenden Miterben dem Käufer nicht einmal Klagen cediren konnte. Nach einer vierten Meinung [15]) soll ein Unterschied gemacht werden, ob das Erbrecht selbst, oder blos die Erbschaft, nämlich für einen Inbegriff von Sachen genommen, verkauft worden sey. In dem ersten Falle gehe das ius accrescendi mit dem cedirten Erbrecht auf den Käufer über, es lasse sich aber dieser Fall nur gedenken, wenn der Verkäufer die Erbschaft selbst noch nicht angetreten hatte. In dem leztern Falle hingegen stimmt diese Meinung mit der vorhergehenden überein. Einzig, aber ihres Urhebers fast unwürdig, ist die fünfte Meinung [16]), welche einen Unterschied darin sezt, ob der Erbe die Erbschaft verkauft habe,

15) BESEKE de alienatione hereditatis. Cap. VII. §. §. 93. sqq. et Caq. X. §. 137. sqq.

16) *Marc.* LYKLAMA a *Nieholt* Membranar. Vol. II. (Ienae 1624.) Lib. VI. Eclog. 9.

habe, nachdem er sie zwar angetreten, aber noch nicht Besitz davon ergriffen hatte, oder erst nachher, nämlich nachdem er den Besitz der erbschaftlichen Sachen erlangt hat. Im ersten Falle sey mit der Erbschaft auch zugleich das ius accrescendi verkauft. Denn nur solange der Erbe noch nicht den Besitz der erbschaftlichen Sachen ergriffen hat, daure die Erbschaft, als eine solche, fort [17]). Da nun die vakante Erbportion der Erbschaft accrescire [18]), so gehöre sie dem Käufer, der die Erbschaft noch, als eine solche, gekauft hat [19]). In dem letztern Falle aber, wenn der Erbe sich bereits in dem Besitz der erbschaftlichen Güter befand, so gehe das ius accrescendi nicht auf den Käufer über. Denn hier hätte die Erbschaft schon vor dem Verkaufe aufgehört, eine solche zu seyn, und wäre eigenes Vermögen des Erben geworden [20]). Fällt daher nun die Portion des Miterben aus, so gehöre sie dem Verkäufer, welcher nicht aufhört, Erbe zu seyn, und zwar sey hier anzunehmen, als ob sie gleich beym Tode des Erblassers mit Antretung der Erbschaft dem Erbtheile des Verkäufers angewachsen wäre. Unter diesen verschiedenen Meinungen verdient wohl unstreitig die dritte wegen der für sie streitenden wichtigeren Gründe den Vorzug. Denn I) daß dem Käufer der Erbschaft kein ius accrescendi zustehe, kann man jetzt als eine ganz entschiedene Sache ansehen. Der Grund liegt 1) in der

17) *L. 4. L. 5. L. 9. et 10. et tot. Tit. Pand. de hereditat. petit. L. 18. D. ad Leg. Falcid.*

18) *L. 33. §. 1. D. de Usufr.*

19) *L. 83 D. de acquir. vel omitt. hered.*

20) *L. 18 §. 1. D. ad SCtum Trebell.*

der Natur des erbschaftlichen Anwachsungsrechts selbst. Denn dieses Recht ist ein Annexum des Erbrechts, und findet nur unter Miterben Statt, welche zu derselben Erbschaft gerufen sind. Vermöge desselben wächst, wenn einer von den Miterben ausfällt, das ist, seinen Erbtheil nicht annehmen will oder kann, die eröfnete Portion den übrigen, welche die Erbschaft ihrer Seits angetreten haben, ipso iure, selbst wider ihren Willen zu [21]). Es beruhet dieß auf den Regeln des Civilrechts, daß der Erbe die Person des Erblassers vorstellt, und kein Erblasser, der nicht Soldat ist, Testaments- und Intestaterben zugleich hinterlassen kann [22]). Allein durch den Verkauf der Erbschaft wird das Erbrecht selbst nicht übertragen. Der Käufer ist nur ein successor singularis, der sein Recht durch den Kauf erworben hat, und blos in Rücksicht der ihm durch den Kauf übertragenen erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten gleichsam als Erbe angesehen wird. Der Verkäufer hingegen ist und bleibt der wahre Erbe, wenn er auch die Erbschaft nicht mehr besitzt [23]). Nur ihm, und nicht dem Käufer, accrescirt daher

21) *L. 31. L. 53. §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered. L. 9. D. de suis et legitim. heredib. L. un. §. 10. Cod. de caducis tollend.*

22) CICERO *de Invent. Lib. II. c. 63. L. 7. D. de div. reg. iur. L. un. §. 10. Cod. de caducis tollend.*

23) Siehe die S. 320. Not. 70. angeführten ganz entscheidenden Gesetzstellen. Daher bezahlte auch ehemals die, vermöge der Lex Iulia, von Erbschaften zu entrichtende Vicesima nicht der Käufer, sondern der Verkäufer. S. *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de Vicesima hereditatum. §. 29. GRONOVIUS de Sestertiis Lib. IV. c. 5. und *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 32.

her die ausfallende Erbportion. Der Grundsatz, den hier einige [24]) aufstellen, *portio vacans accrescit portioni residuae instar alluvionis*, ist eben so unrichtig, als die Schlußfolge, daß das ius accrescendi auf den Käufer übergehe. Ulpian lehrt im Gegentheil [25]): heredi scripto sicut portio hereditatis, ita et bonorum possessio adcrescit. Wäre ein solcher unzertrennlicher Zusammenhang zwischen der Erbportion, welche der Erbe angenommen hat, und dem Erbtheile des ausfallenden Miterben, welcher ihm accrescirt, wie zwischen dem Grundstück, und der Alluvion, die demselben zuwächst; wie hätten die Gesetze dem Testator erlauben können, das Accrescenzrecht durch Substitution auszuschließen? Die Gesetze, die man uns entgegenstellt, gehören gar nicht hierher. Die *L.* 33. §. 1. *D. de usufr.* zeigt blos den Unterschied zwischen einem legato fundi und legato ususfructus, pluribus relicto, in Absicht auf das Accrescenzrecht, wenn demjenigen, welcher auf die eröfnete Portion Anspruch macht, sein eigener Antheil rechtskräftig war abgesprochen worden [26]). Hier sagt nun Papinian in lite quidem *proprietatis* iudicatae rei exceptionem obstare, in *fructus* vero non obstare, scribit IULIANUS; *quoniam portio fundi: velut alluvio, portioni, personae fructus accresceret.* Kann man denn aber wohl einen Erben, welcher seinen Erbtheil verkauft hat, mit einem Legatar vergleichen, dem sein Recht an der ihm mit mehreren zugleich vermachten Sache durch ein rechts-

24) S. MENCKEN cit. Diss. §. 8. et 23.

25) *L.* 2. §. 8. *D. de bonor. poss. sec. tab.*

26) Man sehe über diese Stelle den 9. Th. dieses Commentars §. 637. a. Not. 47. S. 286. f. auch *Barth.* CHESII Interpretat. iur. Lib. II. cap. 14. und *Gregor.* MAJANSII Disputat. iur. Tom. II. Disp. XXXVIII. §. 45.

rechtskräftiges Urtheil, es sey mit Recht oder Unrecht, nam res iudicata pro veritate accipitur [27]), ist abgesprochen worden? Würde nicht auch der Erbe so gut, wie der Legatar, wenn er seinen Erbtheil durch den unglücklichen Ausgang eines darüber entstandenen Prozesses verlohren hätte, das Accrescenzrecht vergeblich ansprechen? Denn wer kann ihn hier noch für einen Erben anerkennen? Würde man hingegen dem Legatar, der, während der Collegatar noch deliberirt, seinen Antheil an der ihnen beyden coniunctim vermachten Sache einem Dritten verkauft, das ius accrescendi wohl absprechen können, wenn nachher der Collegatar seinen Antheil ausschlägt? Mit Recht gewiß nicht. Denn der Legatar, der einmal das Vermächtniß agnoscirt hat, hört durch den Verkauf seines Antheils eben so wenig auf, Legatar zu seyn, als der Erbe, der die Erbschaft angetreten, aber seinen Erbtheil, während der Deliberationszeit seines Miterben, verkauft hat [28]). **Papinian** lehrt auch nicht mit **Julian** das Gegentheil. Er sagt nicht schlechthin, das Accrescenzrecht folge der Portion, sie möge gekommen seyn, an wen sie wolle; sondern es ist in Absicht auf das Accrescenzrecht ein wichtiger Unterschied zwischen Legat und Erbschaft. Bey Vermächtnissen tritt das Accrescenzrecht nur dann ein, wenn mehreren zugleich dieselbe Sache ganz vermacht worden ist, so daß, wenn sie alle concurriren, das Ganze getheilt werden muß [29]). Es ist also, wenn es eintritt, immer

27) *L. 207. D. de div. reg. iur.*

28) S. *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum P. II. Decad. L. Err. 6.

29) *L. 3. pr. D. de usufr. accresc.* *L. un. §. 11. Cod. de caduc. toll.*

immer ein ius non decrescendi [30]). Der Legatar konnte daher seinen Antheil an der legirten Sache anders nicht, als mit dem ganzen Fundus verkaufen, der ihm so gut, wie dem nachher ausfallenden Mitvermächtnißnehmer, ungetheilt vermacht worden ist. Hier kann man gewissermassen sagen, portio fundi veluti alluvio portioni accrescit, obwohl, wie Cujaz [31]) mit Recht bemerkt, die Vergleichung nicht ganz passend ist. Verbleibt also auch dem Verkäufer das Accrescenzrecht, weil der Käufer nicht Legatar wird, so muß er doch, nach der besondern Natur dieses Rechts, nun das ihm vermöge desselben zu Theil gewordene ganze Grundstück dem Käufer überlassen, weil es ihm schon zur Zeit des Verkaufs, nach dem Willen des Erblassers, ganz zugehörte [32]). Daher muß denn auch das Legat ganz so, wie es der Erblasser dem Legatar zugedacht hat, von demselben angenommen werden, und er darf es nicht halb annehmen und halb ausschlagen [33]). Bey Erbschaften hingegen findet das Accrescenzrecht Statt, es mögen die Erbtheile der Miterben bestimmt worden seyn, oder nicht. Man kann also hier nicht sagen, der Erblasser habe jedem die Erbschaft ganz zugedacht, und der Miterbe, welcher seinen Erbtheil verkauft hat, habe hiermit die ganze Erbschaft verkauft. Die Erbschaft ist schon gleich Anfangs in intellectuelle Theile getheilt, und die nachher erfolgte reelle Theilung ist nichts anders, als eine

30) *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de iure accrescendi in legatis semper iure non decrescendi. *Halae* 1759.

31) Observation. Lib. XII. cap. 13.

32) S. *Ant.* FABER cit. loc.

33) *L.* 38. *pr. D. de legat. I. L.* 4. *L.* 58. *D. de legat. II.*

eine bloße Vollziehung des Willens des Erblassers und der Gesetze. Der Erbe, welchem also zur Zeit des Verkaufs nur die Hälfte der Erbschaft zugehörte, weil der andere Miterbe sich noch nicht erklärt hatte, kann im Zweifel natürlich mehr nicht verkauft haben, als seinen Antheil, den ihm der Testator oder das Gesetz beschieden hat. Schlägt nachher der Miterbe die Erbschaft aus, so accrescirt nun zwar dem Verkäufer dieser eröfnete Theil der Erbschaft auch wider seinen Willen; allein er erhält diesen Erbtheil nicht sowohl nach dem Willen des Erblassers, als vielmehr, selbst wider des Testators Willen, nach Vorschrift der Gesetze, und also aus rechtlicher Nothwendigkeit. Es läßt sich demnach auf keine Weise behaupten, daß diese Hälfte der Erbschaft, die jetzt erst dem Verkäufer angewachsen ist, schon dem Käufer mit verkauft sey, welcher die dem Verkäufer damals nur deferirte Erbportion kaufte, gleichsam als wenn der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs schon die ganze Erbschaft gehabt hätte. So wenig sich nun aus der angeführten *L.* 33. §. 1. *D. de usufr.* der Satz beweisen läßt, daß das Accrescenzrecht der Portion folge, und daher auf jeden Besitzer derselben übergehe; eben so wenig beweißt gegen unsere Meinung die *L.* 83. *D. de acquir. vel omitt. hereditate.* Hier sagt Ulpian: Si totam, an [34]) partem, ex qua quis heres insti-

34) Fast alle wollen diese Leseart für fehlerhaft halten, und entweder das *an* ganz wegstreichen, wie z. B. Bynkershök in der Gebauerischen Ausgabe des Corpus iur. civ. oder es in *eam* verwandeln. S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. II. cap. 7. et lib. III. cap. 38. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 5. *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi. Tom. IV. *Thes. Otton.* p. 782.

institutus est, tacite rogatus sit restituere: apparet, *nihil ei debere adcrescere, quia rem non videtur habere,* und hieraus schließt man denn, weil auch der Miterbe, welcher seinen Erbtheil verkauft hat, denselben nicht mehr hat, so stehe ihm auch das ius accrescendi nicht mehr zu, sondern dieses sey mit dem verkauften Erbtheil auf den Käufer desselben übergegangen. Allein man erwäge, daß Ulpian hier von dem Falle handelt, da der Erbe von dem Testator heimlich gebeten worden war, die Erbschaft ganz, oder seinen Erbtheil gegen das Verbot der Gesetze an eine unfähige Person wieder abzutreten, und der Erbe, zur Vollziehung eines solchen gesetzwidrigen letzten Willens, sich dem Testator verbindlich gemacht hatte. Man nennte eine solche letzte Willensverordnung fideicommissum

p. 782. *Balth.* BRANCHU Observation ad ius Rom. Decad. II. in Addend. pag. 289 und Ernst Christ. Westphal im syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente §. 282. Allein es ist hier keine Aenderung nöthig. Die Leseart, so wie sie ist, hat die Auctorität der besten Handschriften für sich. Man sieht, daß hier AN für *sive* steht. Eine gar nicht ungewöhnliche Bedeutung sowohl in den Gesetzen als bey den Klassikern. S. *Io.* STRAUCH Lexic. particular. iur. voc. *An.* und GESNER Thesaur. Ling. et E. R. sub voc. *an.* Ulpian wollte also eigentlich sagen: *Si totam* hereditatem, *sive partem, ex qua quis heres institutus est* etc. S. PÜTTMANN Diss. de iure accrescendi ad emtor. hereditatis haud pert. pag 17. not. 14. Es lesen auch wirklich Haloander und Baudoza Cestius: *Si totam hereditatem, aut partem.* Allein HEINECCIUS *ad Brissonium* de Verb. Significat. h. v. hat dennoch gegen diese Leseart Verschiedenes erinnert, und die Emendation derjenigen, welche für an, *eam* lesen wollen, zu vertheidigen gesucht.

sum tacitum [35]). Von diesen Fideicommissen verordnete die *Lex Iulia Caducaria* im 13. Kapitel nach der Restitution des Heineccius [36]): *Si qui heres legatariusve in fraudem huius Legis a testatore tacite rogatus sit, ei restituere, qui per hanc Legem capere prohibetur, isque sciens dolo malo tacitam fidem testatori adcommodaverit, hereditate legatove, sibi relicto, privator, eaque populo vindicantor.* Kann man nun wohl den Verkäufer der Erbschaft, oder seines Erbtheils einem solchen Erben gleichachten, welcher sich wegen einer gesetzwidrigen Handlung der Erbschaft unwürdig, und daher auch des Accrescenzrechts verlustig gemacht hat? einem Erben, dem auch das Senatusconsultum Plancianum nicht erlaubte, die sonst dem Fiduciar gebührende Quarte inne zu behalten [37])? Das Anwachsungsrecht findet ja nur unter Miterben Statt. Allein die Gesetze erkennen den für keinen Erben, der sich von dem Erblasser gebrauchen ließ, gegen das Verbot derselben zu handeln. Sie erklären ihn für einen Prädo [38]), und sprechen die Erbschaft, welche er den zur Erwerbung der-

 selben

35) *L.* 103. *et L.* 123. §. 1. *D. de legat. I. L.* 3. §. 3. *L.* 40. *et L.* 43. *D. de iure fisci. L.* 13. *D. ad Leg. Falcid.*

36) Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. III. Cap. 9 §. 6. pag. 440.

37) *L.* 59. §. 1. *D. ad Leg. Falcid.* Man sehe auch *L.* 11. *et L.* 23. *D. de his, quae ut indignis. L.* 49. *D. de iure fisci.*

38) *L.* 46. *D. de heredit. petit.* Praedonis loco intelligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non capienti restitueret hereditatem. S. *Io. van* NISPEN Disp. ad Fragmenta, quae in Dig. ex Herennii Modestini IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. VII. (In *Gerh.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 49.)

selben Unfähigen heimlich restituiren sollte, dem Fiscus zu [39]). Zwar fällt dem Unwürdigen wegen des eröfneten Erbtheils des andern Miterben kein Fraus zur Last. Allein wie kann ihm dieser Erbtheil accresciren, da er in Rücksicht seines eigenen Erbtheils zur Strafe für keinen Erben gehalten wird [40])? Sollte der Erbe nicht seinen ganzen Erbtheil, sondern nur einen Theil davon dem Unfähigen abtreten, oder hat ihn sonst noch der Erblasser honorirt, z. B. er hat ihn seinem unmündigen Kinde pupillarisch substituirt, so behält er diesen Vortheil, und es ist in Rücksicht der Substitution auch sogar die Antretung der väterlichen Erbschaft von Wirkung, wenn sie dem Erben auch von dem Fiscus wieder entzogen worden ist. Denn in Rücksicht der Substitution hat der Erbe nicht in

39) *L. 17. §. 2. D. de Usuris. L. 13. pr. et §. 1. L. 49. D. de iure fisci. L. 3. Cod. ad Leg. Falcid. L. 12. §. ult. D. de fideicomm. libertat.* Dem Fiskus standen ex tacito fideicommisso actiones in rem zu. *L. 44. D. eodem.* Nach der Lex Iulia Caducaria flossen zwar die fideicommissa tacita in das aerarium populi. TACITUS Annal. lib. III. cap 25. So war es auch noch zu den Zeiten des Kaisers **Trajan.** PLINIUS Epist. Lib. II. Ep. 16. et VI. 12. Allein ANTONINUS CARACALLA wieß sie dem kaiserlichen Fiskus zu. ULPIANUS *Fragm. Tit. XVII. §. 11.* S. *Io. Aug.* BACH Trajanus s. de Legg. Trajani Imp. Commentar. pag. 47. sq. Nach diesem neuern Rechte wurden denn auch die aus den Schriften älterer Röm. Rechtsgelehrten in die Pandecten aufgenommenen Fragmente interpolirt. S. HEINECCII Comment. cit. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 5. pag. 401. sq.

40) S. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad Ulpianum in L. 83. D. de acquir. vel omitt. hered. (in *Ger.* MEERMANN *Novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. VII. p. 255. sqq.)

in fraudem legis gehandelt. Den Vortheil derselben verdankt er auch nicht sowohl den Gesetzen, als vielmehr dem Willen des Erblassers, und überdem ist ja die Erbschaft des unmündigen Kindes eine andere Erbschaft [41]), zu welcher der Substitut in vielen Fällen gelangen kann, ohne nothwendig Erbe vom Vater seyn zu müssen [42]). So lehrt nun auch **Paulus** in folgender sehr merkwürdigen Gesetzstelle.

L. 43. §. 3. *D. de vulgari et pup. substitut.* Iulius Longinus pater eos, sagt er, quos sibi heredes instituerat, filio ita substituit: *Quisquis sibi heres esset.* Unus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti *partem* ex eo, quod acceperat, daret, ad substitutionem impuberis admissus, utrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit, veniat; an vero pro ea, quam cepit, ita ut augeatur eius pars in substitutione [43])? Respondi: *Qui in fraudem Legum fidem*

41) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.*

42) *L.* 31. *pr.* *L.* 43. *in fin. D. de vulg. et pupill. substitut.*

43) Der Fall, den **Paulus** hier erörtert, ist folgender. Ein Vater hatte mehrere Erben eingesetzt, und diese alle seinem unmündigen Kinde pupillarisch substituirt. Einer von den Erben hatte jedoch dem Vater unter vier Augen versprechen müssen, daß er einen Theil von seiner Erbportion an eine Person abgeben wolle, welche die Gesetze im Testament selbst zu bedenken nicht erlaubten. Sämmtliche Erben traten die Erbschaft an, allein das fideicommissum tacitum wurde verrathen, und der Fiscus zog es ein. Nun starb das unmündige Kind des Erblassers noch vor dem Eintritt der Pubertät. Alle eingesetzte Erben waren dem Kinde substituirt. Hier tritt die Regel ein, welche **Ulpian** giebt *L.* 8. *in fin. D. de vulg. et pup. substit.*

fidem accommodat, adeundo heres efficitur; nec desinet heres esse, licet res, quae ita relictae sunt, auferuntur. Unde et ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in

subsit. Partes eaedem ad substitutos pertinent, quae in ipsius patrisfamilias habuerunt hereditate; oder wie er *L. 10. pr. D. eodem* sagt: Substituti ex substitutione heredes existunt pro rata partium, ex quibus instituti sunt. Allein die Frage war, wie nun diese Regel in Ansehung desjenigen Miterben anzuwenden sey, der in fraudem Legum jene heimliche Verabredung mit dem Testator getroffen, und deswegen eine Verminderung seines Erbtheils erlitten hatte? Soll sein Antheil an der Substitution nach dem verminderten Erbtheil, den er von der Erbschaft wirklich erhalten hat, oder nach dem Verhältniß der Erbportion bestimmt werden, in welcher er im Testament ist eingesetzt worden, so daß er also nun bey der Substitution mehr erhält, als er durch die Institution erhalten hat? So hätte freylich die Frage eigentlich gestellet werden sollen, welche Paulus hier entscheidet. Denn die Worte: *ita ut augeatur eius pars in substitutione* passen nicht recht zu den unmittelbar vorhergehenden. Daher hat man hier mancherley Veränderungen im Text versucht. CUJACIUS in Iulio Paulo ad h. L. (*Operum postumor.* Tom. II. pag. 1120 *edit. Fabrot.*) meint, die Worte müßten auf folgende Art versetzt werden: *utram pro ea parte, quam cepit, veniat, an vero pro ea, pro qua scriptus fuit, ita ut augeatur eius pars in substitutione. Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. V. cap. 17. pag. 123. (edit. *Aurel. Allobrog.* 1609. *f.*) glaubt hingegen der Wahrheit näher zu kommen, wenn er, ohne Versetzung der Worte, ita ut *non* augeatur lieset. *Io Van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 2. verwirft beyde Emendationen. Er glaubt, die Worte: *ita ut augeatur eius pars in substitutione*, giengen nicht auf die Portion des Erben, welcher das fideicommissum tacitum übernommen hatte, sondern auf die übrigen Miterben, deren

in quantum scriptus esset [44]): satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra Leges. Quinimo, etsi desineret heres esse, idem dicerem: quemadmodum intelligendum est in eo, qui, cum scriptus esset heres, postquam adisset hereditatem, in servitutem redactus est, et postea libertate donatus, cui permissum est ad substitutionem venire, quae ei in testamento fuerat reli-

deren Theile bey der Substitution vergrößert würden, wenn der bestrafte Miterbe nur nach dem Verhältniß seines verminderten Erbtheils dabey concurrirte. Er hält daher das *eius* für fehlerhaft, und lieset statt dessen *institutorum*; ein Fehler, der, wie mehrere andere, gar leicht aus einer mißverstandenen Abbreviatur sein Daseyn erhalten haben könne. Ihm stimmt auch WALCH ad *Eckhardi* Hermeneut. iur. Lib. I. pag. 41. bey. Allein mit Recht behauptet Westphal in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 698. daß nichts geändert zu werden brauche.

44) Die Entscheidung geht nun also dahin, der Erbe, welcher in fraudem legis gehandelt hat, concurrire dennoch bey der Substitution nach dem Verhältniß desjenigen Theils, in welchem er zum Erben eingesetzt worden ist, eben so als wenn er gar keine Verminderung daran erlitten hätte. Der Grund ist, weil ihn die Gesetze nur insofern, als er gegen das Verbot derselben gehandelt hat, nicht als Erben anerkennen, und ihn der durch sie eingeführten Wohlthaten für unwürdig halten. In Rücksicht derjenigen Vortheile hingegen, welche er blos dem Willen des Erblassers zu verdanken hat, ist und bleibt er Erbe, welcher er durch die Antretung geworden ist, und zwar zu dem Antheile, in dem ihn der Testator instituirt hat, wenn ihm auch dieser ganz vom Fiskus wäre genommen worden, weil er ja sonst eine doppelte Strafe leiden würde. S. RAMOS DEL MANZANO Comm. cit. §. 21. Tom. VII. *Thes. Meerm.* p. 262. und CUJACIUS c. l. pag. 1120.

relicta. *Licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantam amisit, percepturum.*

Wie läßt sich nun also die *L.* 83. *D. de acquir. hered it.* auf einen Miterben anwenden, der seinen Erbtheil verkauft hat? Wie kann hier der Grund eintreten, *nihil ei debet accrescere, quia rem non videtur habere*, da die *L.* 4. §. 3. *D. Si quis omissa causa testamenti* gerade das Gegentheil lehrt, wo Ulpian sagt: Si quis vendiderit hereditatem, *utique possidere videtur:* non dolo fecisse, quominus possideat? Der Verkäufer ist und bleibt Erbe, nicht blos darum, weil er das Kaufgeld in Händen hat, welches an die Stelle der Erbgüter getreten ist (denn er würde auch Erbe bleiben, wenn er gleich seinen Erbtheil verschenkt hätte); sondern weil, wie Anton Faber[45]) sehr richtig sagt, das ius et nomen heredis, dem das Accrescenzrecht folgt, nicht veräussert werden kann. Proinde non potest videri nihil habere, cui possit deficiens portio adcrescere, sagt dieser große Rechtsgelehrte, quia *ius et nomen heredis*, quod retinet, ob acquisitam semel hereditariam portionem, portionis ipsius loco semper est. Ein anderer Hauptgrund, welcher die Wahrheit, daß nicht dem Käufer, sondern dem Verkäufer der Erbschaft das ius accrescendi zustehe, beruhet

2) darin, daß die Gesetze zwischen dem Verkäufer und Käufer einer Erbschaft ein solches Verhältniß eintreten lassen, wie zwischen einem Erben, welchem der Erblasser die Restitution der Erbschaft auferlegt hat, und dem

45) De errorib. Pragmaticor. Decad. L. Err. 5.

dem Fideicommissar, welchem die Erbschaft, dem Willen des Erblassers gemäß, wieder abgetreten worden ist. Justinian sagt §. 6. *I. de fideicomm hereditat.* Sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium, et heredem: si vero totam hereditatem restitueret, *emtae et venditae hereditatis stipulationes* interponebantur [46]. Nun geht das ius accrescendi nicht auf den Fideicommissar über, sondern steht dem Fiduciar auch nach der Restitution der Erbschaft zu [47]. Der Grund ist ganz der nämliche. Restituta enim hereditate, sagt Justinian §. 3. *I. eodem*, is quidem, *qui restituit*, *nihilominus heres permanet*, is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habetur. So deutlich sich schon daraus ergiebt, daß dem Fideicommissar eben so wenig, als dem Käufer der Erbschaft, das Accrescenzrecht zustehen könne, so bestimmt sagen es auch die

46) Man vergleiche auch *L. ult. D. de transact.* *L. 54. pr. D. de heredit. petit.*

47) S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. L. Err. 4. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 1. §. 7. *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. III. ad L. 79. D. ad SCt. Trebell. nr. 4. et 5. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 183.) *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad L. 83. D. de acquir. vel omitt. heredit. §. 26. (in *Thes. Meerm.* Tom. VII. pag. 263. sq.) *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 55. *Ios.* FINESTRES Praelection. Cervariens. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. II. cap. XI. §. 53. *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 31. §. *Quae vero.* p. 249. und Ernst Christ. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Th. §. 1732.

die Gesetze selbst. Sehr merkwürdig ist hierüber folgende Gesetzstelle.

L. 43. D. ad SCtum Trebell. PAPINIANUS tractat: Si quis heres institutus ex semisse, rogatus sit restituere hereditatem, et eam suspectam dicens, compulsus adit, deinde fideicommissarius ignarus sit, *adcrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi*: an opus sit ei alia actione? Et ait: securum esse eum posse. De illo plane loco solo quaerendum ait, an ei opus sit nova restitutione, *posteaquam portio adcrevit?*

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der Erbe, welcher in Rücksicht seines Erbtheils mit einem Fideicommiß war beschwert worden, auf Verlangen des Fideicommissars, zur Antretung der Erbschaft hatte gezwungen werden müssen, weil er sich unter dem Vorwande, die Erbschaft könnte verschuldet seyn, dieselbe anzutreten geweigert hatte. Ein solcher Zwang hatte vermöge des Pegasianischen Senatusconsults Statt [48]). Der Fiduciar verlohr zwar dadurch allen Vortheil der Erbschaft, dagegen war er aber auch gegen allen weitern Anspruch gesichert [49]). Denn er trat nun die Erbschaft auf die Gefahr des Fideicommissars an. Die sämmtlichen Activ- und Passiv-Forderungen giengen daher, wie beym Senatusconsulto Trebelliano, auf den Fideicommissar über, ohne daß es hier der sonst gewöhnlichen Stipulationen bedurfte [50]). Nachdem der gezwungene Erbe seinen

Erb-

48) §. 6. *I. de fideicomm. hereditat.*

49) *L. 4. L. 27. §. 2. D. ad SCtum Trebell.*

50) §. 6. *I. de fideicomm. hereditat.* Man vergleiche damit ULPIAN. *Fragm.* Tit. XXV. §. 15. et 16.

Erbtheil an den Fideicommissar abgetreten hatte, schlägt der andere Miterbe seinen Erbtheil aus. Daß hier diese eröfnete Portion dem Fiduciar anwuchs, war gar keine Frage. **Papinian** setzt dieß, als sich von selbst verstehend, voraus. Denn der Fiduciar ist und bleibt wahrer Erbe, auch nach der Restitution [51]). Allein der Fideicommissar hatte von dieser Accretion nichts gewußt [52]). Es war also hier nicht so, wie bey der Restitution des eigenen Erbtheils des Fiduciars, eine gezwungene Antretung auf Verlangen des Fideicommissars geschehen, sondern der Erbtheil des ausfallenden Miterben war dem Fiduciar vermöge unmittelbarer Verordnung der Gesetze angewachsen. Daher entstand nun eine doppelte Frage. Erstens, ob nicht etwa noch eine besondere Handlung [53]), nämlich von Sei-

51) C. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXVII. Err. 5.

52) Fast alle Ausleger der *L.* 43. cit. halten die Worte: deinde fideicommissarius *ignarus* sit, für fehlerhaft, und wollen dafür mit CUJACIUS Observation. Lib. XII. cap. 12. *gnarus* lesen. Man will also diese Worte so verstehen, nachdem der Fideicommissar erfahren, daß die Portion des Miterben dem Fiduciar angewachsen sey, wäre die Frage entstanden, ob etwa auch in Ansehung dieses accrescirten Erbtheils von Seiten des Fideicommissars erforderlich sey, den Fiduciar zur Antretung desselben besonders anhalten zu lassen. Diese Cujazische Leseart hat besonders *Siegm. Reich.* JAUCHIUS in Meditationib. critic. de Negationibus Pand. Florent. Cap. XVII. pag. 312. zu vertheidigen gesucht. Allein *Ios. Fern. de* RETES Opuscul. c. l. pag. 83. hält mit Recht eine Aenderung der Leseart für unnöthig.

53) Das Gesetz sagt: *an opus ei sit alia actione?* Auch diese Worte sollen fehlerhaft seyn, weil es keine besondere Klage gebe, um den Fiduciar zur Antretung der Erbschaft zu zwingen,

Seiten des Fideicommissars ein nachgesuchter Zwang, oder von Seiten des Fiduciars wenigstens noch eine besondere Antretung nöthig sey, um gegen allen Nachtheil gesichert zu seyn? Zweytens, ob nicht auch eine neue Restitution in Ansehung des eröfneten Erbtheils erfordert werde, wenn er auf den Fideicommissar übergehen solle. Denn der Fiduciar hatte sich desselben unwürdig gemacht. In Ansehung der ersten Frage sollte man glauben, es sey, theils von Seiten des Fiduciars, um in Ansehung der accrescirten Erbportion gegen die Ansprüche der Legatare und Erbschaftsgläubiger vollkommen gedeckt zu seyn, theils auch von Seiten des Fideicommissars um die Restitution dieses eröfneten Erbtheils verlangen zu können, die gesetzlich geschehene Accretion nicht für hinreichend zu halten, sondern es müsse ausserdem noch eine besondere Handlung hinzukommen. Denn der Fiduciar konnte die Erbschaft nicht eher abliefern, als bis er sie selbst angetreten hatte, und wegen des Vortheils, gegen alle weiteren Ansprüche gesichert zu seyn, war es sogar zuweilen eine Cautel, sich zur Antretung der Erbschaft zwingen zu lassen [54]). **Papinian** entscheidet nun diese erste Frage

gen, sondern blos extra ordinem von dem Prätor ein Decret gefordert werde. *L. 6. pr. L. 67. pr. D. ad SCtum Trebell.* Cujaz a. a. O. will daher lieber *alia aditione* lesen. Anton Faber a. a. O. hingegen *alia coactione*. Allein RETES Opuscul. c. l. hat sehr richtig bemerkt, daß das Wort *actio* hier nicht für Klage, sondern für actus genommen werde, und daher keine Aenderung nöthig sey. Denn darunter ist sowohl aditio als coactio begriffen. Daß aber zwischen beyden noch ein Unterschied sey, hat Faber a. a. O. gezeigt.

54) *L. 45. D. ad SCt. Trebell.*

Frage mit Recht so, daß die einmal erzwungene Erbschaftsantretung auch in Rücksicht der accrescirten Erbportion, ohne eine neue Handlung, hinreichend sey. Cum enim semel adita est hereditas, sagt Papinian an einem andern Orte [55]), omnis defuncti voluntas rata constituitur. Man wende nicht ein, da der Erbe die Erbschaft nicht habe annehmen wollen, so könne sich die Wirkung des Zwanges weiter nicht erstrecken, als so weit derselbe geschehen ist. Der Fiduciar sey also nur in Rücksicht des restituirten Erbtheils für einen Erben zu halten, nicht in Ansehung der nachher erst eröfneten Erbportion. Denn in Absicht auf die Erwerbung der Erbschaft ist zwischen einer freywilligen und einer erzwungenen Antretung kein Unterschied. Der Unterschied betrifft blos die Vortheile, deren sich der Fiduciar verlustig macht, wenn er sich zur Antretung zwingen läßt. Ihm accrescirt daher der eröfnete Erbtheil dennoch, auch wider seinen Willen, ohne neuen Zwang und Antretung [56]). Allein er darf ihn nicht behalten. Dagegen darf er aber auch wegen erbschaftlicher Forderungen ganz unbesorgt seyn. Denn hat einmal der Fiduciar die Erbschaft gezwungen angetreten, so erwirbt er auch den accrescirten Erbtheil nicht anders, als wider seinen Willen, und also auf die Gefahr des Fideicommissars. Der Fideicommissar kann daher nun nicht sagen, er habe den Erben in Ansehung des angewachsenen Erbtheils nicht zur Antretung gezwungen. Er kann sich also unter diesem Vorwande auch den Lasten desselben nicht entziehen. Da nun aber der Fiduciar den ihm accrescirten Erbtheil nicht

55) *L. 55. §. 2. D. eodem.*

56) *L. 35. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.*

nicht behalten darf, so entsteht jetzt noch die zweyte Frage, ob eine neue Restitution nöthig sey, wenn derselbe auf den Fideicommissar übergehen soll? **Papinian** entscheidet diese Frage nicht deutlich. Daher sind die Ausleger hierüber verschiedener Meinung. **Cujaz** [57]) glaubt, daß sie nach dem Geist des Gesetzes eben so, wie die erste, zu verneinen sey, weil dasjenige, was der Erbe verliert, welcher sich zur Antretung der Erbschaft zwingen läßt, tacito iure auf den Fideicommissar übergehe. Ihm stimmt auch **Westphal** [58]) bey. Allein **Anton Faber** [59]) und **Joseph Fernandez de Retes** [60]) behaupten mit mehrerem Grund das Gegentheil. Denn es ist ein großer Unterschied zwischen der Accretion und der Restitution. Erstere geschieht ipso iure, und bedarf daher weder einer Antretung, noch eines Zwanges. Ist nun auch gleich die Antretung der Erbschaft an sich factisch, so ist doch nur e i n e Antretung zur Erwerbung der ganzen Erbschaft hinreichend. Allein die Restitution der Erbschaft ist blos factisch, nicht iuris, sie ist daher nur insofern von Wirkung, als sie wirklich geschehen ist [61]). Man kann also nicht sagen, daß derjenige, welcher nur einen Theil der Erbschaft restituirt hat, hierdurch schon die ganze Erbschaft restituirt habe. Es wird daher wegen des accrescirten Erbtheils allerdings eine neue Restitution erfordert. Doch ist hier der Umstand

57) Observat. Lib. XII. c. 12. in fine.

58) Hermeneut. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1732.

59) De Errorib. Pragm. Dec. L. Err. 4.

60) Opusculor. Lib. III. pag. 183.

61) *L. 63. pr. D. ad SCtum Trebell.*

stand nicht ausser Acht zu lassen, daß der Fiduciar sich zur Antretung der Erbschaft zwingen ließ. Hätte er die Erbschaft freywillig angetreten, so würde von einer Abtretung dessen, was dem Fiduciar noch nach der Restitution seines Erbtheils vermöge des Accrescenzrechts anfiel, wohl keine Frage haben entstehen können, weil ja der Fideicommissar in diesem Falle nicht mehr verlangen kann, als ihm der Erblasser hat zuwenden wollen [62]. Eben so wenig kann auch nun

II. der Käufer der Erbschaft von dem Verkäufer derselben den diesem erst nach dem Verkaufe noch accrescirten Erbtheil des ausfallenden Miterben verlangen. Denn hier kommt es blos auf die Rechte und Verbindlichkeiten unter den Contrahenten an, welche die Natur des Kaufcontracts bestimmt. Ist nun auf den Fall einer etwa erfolgenden Accretion nichts ausdrücklich verabredet worden; so kann im Zweifel nicht angenommen werden, daß der Miterbe, welcher zur Zeit des geschehenen Verkaufs weiter nichts, als seine Hälfte, hatte, die ganze Erbschaft habe verkaufen wollen. Dieß ist der Regel gemäß, welche Ulpian *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* giebt, Verius est, hoc esse ser-

62) Anderer Meinung sind zwar PAPILLONIUS de iure accrescendi (in *Thes. Otton.* Tom. IV. p. 782.) DUARENUS de iure accresc. Lib. I. c. 6. VOET Comm. ad Pand. T. II. Lib. XXXVI. Tit. 1. §. 38. LYCKLAMA *a Nyholt* Membranar. Lib. VI. Eclog. 10. *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de acquir. vel omitt. hered. P. II. Cap. XI. §. 55. und Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. § 844. Allein diese Meinung widerlegt sich nun von selbst. Man sehe auch WESTPHAL Diss. de iure accrescendi. §. 5. nr. IV. pag. 13.

servandum, *quod actum est*; plerumque autem hoc agi videtur, *ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.* Hierher gehört ferner, was eben dieser Ulpian an einem andern Orte lehrt, *L.* 34. *D. de div. reg. iur.* Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, *quod actum est*, et si non appareat, quid actum sit, ad id, *quod minimum est*, redigenda summa est. Diesem ist keinesweges entgegen, was eben dieser Rechtsgelehrte *L.* 2. *pr. D. h. t.* sagt: *Venditor hereditatis* satisdare de evictione non tenetur, cum inter ementem et vendentem id agatur, *ut neque amplius, neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset.* Denn dieses geht offenbar auf den Fall, da ein Universalerbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft hat. Der Grund der Entscheidung ist hier nicht, weil der Erbe sein Erbrecht selbst veräussert habe, denn dieses ist an sich unveräusserlich; sondern weil hier der ganze Inbegriff von erbschaftlichen Rechten und Verbindlichkeiten den Gegenstand des geschlossenen Kaufs ausmacht. Es kann daher diese Entscheidung unserer Meinung nicht entgegen stehen, da hier von keinem Accrescenzrecht die Frage seyn kann. Ein Gleiches gilt von der *L.* 2. §. 4. *D. eodem*, wo Ulpian sagt: Non tantum autem, quod ad *venditorem hereditatis* iam pervenit, sed et, *quod quandoque pervenerit*, restituendum est. Auch hier ist von dem Verkaufe einer ganzen Erbschaft die Rede. Es läßt sich daher diese Stelle auf den Fall, da ein Miterbe seinen Erbtheil verkauft, ehe noch der Fall der Accretion eingetreten war, um so weniger anwenden, da ein Inbegriff gewisser Sachen, nicht aber eine bloße Hofnung der Erbschaft, den Gegenstand des Con-

Contracts ausmacht. Nun war die nachher noch angewachsene Erbportion des ausfallenden Miterben zur Zeit des geschlossenen Contracts nur noch zu hoffen, mithin als ein noch ungewisser Gewinn anzusehen, sie kann also auch unter dem Kaufe nicht mit begriffen seyn. Sollte freylich dem Verkäufer nachher noch Etwas zufallen, was schon zur Zeit des Verkaufs als zu dem verkauften Erbtheil gehörig angesehen werden konnte; z. B. es wird eine unbekannte Activschuld noch nachher heimgezahlt; so kann mit Recht der Käufer seinen Antheil davon fordern.

II. Der Käufer der Erbschaft muß dagegen nicht nur, wie jeder andere Käufer, das bedungene Kaufgeld bezahlen, sondern er darf sich auch, da er in Rücksicht des Umfangs der durch den Kauf erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten als Erbe angesehen wird, den Beschwerden und Pflichten eines Erben nicht entziehen. Der Käufer ist daher

1) dem Verkäufer zur Bezahlung der Schulden des Erblassers verpflichtet, und dieser kann sogar alles, was ihm der Erblasser selbst schuldig war, fordern. Denn wenn der Erbe die Erbschaft verkauft, so macht dadurch die wegen der durch Antretung der Erbschaft entstandenen Convusion erloschene Forderung des Erben an den Erblasser wieder auf, wie Ulpian *L.* 2. §. 18. *D. h. t.* lehrt, wenn er sagt: Cum quis debitori suo heres extitit, *confusione* creditor esse desinit. Sed si vendidit hereditatem, acquissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere: *et idcirco teneri venditori hereditatis*, sive, cum moritur, testator debuit, quamvis

post mortem debere desiit, adita a venditore hereditate; sive quid in diem debeatur; sive sub conditione, et postea conditio extitisset: ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emtore agatur. **Ulpian** setzt jedoch hier billig voraus, daß die Forderung des Verkäufers an den Erblasser eine rechtlich gegründete Forderung sey, so daß er deswegen gegen einen jeden andern Erben mit Wirkung hätte klagen können. Denn hätte der Erblasser dagegen gegründete Einreden gehabt, womit jeder andere Erbe sich hätte schützen können, so stehen diese auch dem Käufer der Erbschaft gegen den Verkäufer zu, damit er nicht deterioris conditionis, als ein wahrer Erbe, sey. Qui enim in ius alterius succedit, eiusque vicem substinet, iure eius uti debet [63]). Ein Gleiches gilt in dem Falle, da Servituten, die dem Verkäufer der Erbschaft auf Grundstücken des Erblassers zustanden, durch Confusion erloschen waren. Auch hier kann der Verkäufer gegen den Käufer der Erbschaft ex vendito auf Restitution derselben klagen, wie ebenfalls **Ulpian** in dem angeführten Gesetz §. 19. sagt: Et si servitutes amisit heres institutus, adita hereditate, *ex vendito* poterit experiri adversus emtorem, ut servitutes ei restituantur. Hiermit stimmt auch **Pomponius** überein, wenn er *L. 9. D. Communia praedior.* sagt: Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres extiti, et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet: *quia id agitur, ut quasi*

63) *L. 177. pr. D. de div. reg. iur.* S. *Ant.* FABRI Rational. ad L. 2. §. 18. D. h. t.

quasi tu heres videaris extitisse. Es kann sich der Fall ereignen, daß der Verkäufer der Erbschaft nachher des Käufers Erbe wird, und dann desselben Erbschaft wieder an einen Dritten verkauft. Hier entsteht nun die Frage, ob der Verkäufer, der noch aus dem Verkaufe der ersten Erbschaft an den Käufer derselben Forderungen hatte, deshalb gegen den Dritten klagen könne, an welchen er desselben Erbschaft wieder verkauft hat? Die actio venditi, welche dem Verkäufer gegen den ersten Käufer zustand, ist zwar freylich durch die Antretung der Erbschaft desselben erloschen. Allein dieses hindert nicht, daß der Verkäufer dennoch ex vendito gegen den zweyten Käufer auf Leistung dessen klagen könne, was dieser hätte leisten müssen, wenn er selbst Erbe des ersten Käufers geworden wäre, oder was der Verkäufer von jedem andern Erben desselben hätte fordern können. Denn der Käufer einer Erbschaft vertritt ja die Stelle des Erben. Die Klage gegen den zweyten Käufer ist also hier nicht die dem Verkäufer gegen den ersten Käufer zuständig gewesene Klage. Denn diese ist durch die Antretung seiner Erbschaft erloschen. Es ist vielmehr eine an die Stelle der erstern getretene neue Klage. So entscheidet **Ulpian**, gestützt auf die Auctorität des **Julians**, wenn er *L.* 2. §. 15. *D. h. t.* sagt: Si Titius Maevii hereditatem Sejo vendiderit, et a Sejo heres institutus eam hereditatem Attio vendiderit: an ex priore venditione hereditatis cum Attio agi possit? Et ait IULIANUS, quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emtore consequatur. Et certe si Sejo alius heres extitisset, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actio-

actione consequi ab eo potuisset [64]). Hat der Verkäufer blos seinen Erbtheil verkauft, er hatte aber, ehe noch die übrigen Miterben die Erbschaft angetreten hatten eine Schuld des Erblassers in solidum bezahlen müssen, weil eine Strafe dabey bedungen war [65]; so kann er von dem Käufer der Erbschaft mit der actio venditi verlangen, daß er ihm die bezahlte ganze Geldsumme wieder erstatte, wenn er von den übrigen Miterben, wegen Insolvenz derselben, mit der actio familiae erciscundae keinen Ersatz erhalten konnte [66]).

2) Der Käufer der Erbschaft ist ferner zur Bezahlung der Vermächtnisse verpflichtet; ja er muß auch sogar alsdann, wenn der Verkäufer eines Legatars Erbe geworden wäre, das Vermächtniß demselben so gut, wie jedem andern Legatar, bezahlen. Merkwürdig ist folgende Gesetzstelle. *L.* 24. *D. h. t.* Hereditatem Cornelii vendidisti. Deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat,

64) Man sehe über diese *L.* 2. §. 15. *D. h. t. Ant.* FABRI Rational. in Pand. und Westphal vom Kaufe. §. 864.

65) *L.* 25. §. 13. *D. Famil. ercisc.* *L.* 5. §. *ult.* *L.* 85. §. 6. *D. de Verbor. obligat.*

66) *L.* 18. *D. de hered. vel act. vend.* Si ex pluribus heredibus unus, antequam caeteri adirent hereditatem, pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore, omnem solverit, et hereditatem vendiderit, nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quicquam servare poterit: cum emtore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam, eo manifestius est, quod in iudicio familiae erciscundae deducitur: per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tanquam heres impenderit. S. Westphal §. 854.

verat, prius, quam legatum ab emtore perciperet, te fecit heredem. Recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur: quia ideo [67]) eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emtor: nec quicquam intersit, utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an legatario [68]). Der Käufer muß endlich

3) den

67) Statt *quia ideo eo minus* lieset Haloander quando eo minus. Bauboza quo ideo minoris. Unser Erlanger Codex stimmt mit der Florentinischen Leseart überein. Der Sinn der Worte ist immer der nämliche. Labeo führt hier zwey Gründe an, warum der Verkäufer der Erbschaft, als Erbe des Legatars, gegen den Käufer derselben auf die Bezahlung des Vermächtnisses klagen könne. Der eine Grund, der in diesen Worten ausgedruckt ist, besteht darin, weil der Käufer wegen des von der Erbschaft zu entrichtenden Vermächtnisses dem Verkäufer einen desto geringern Preis für die Erbschaft bezahlt hat. Daher ist es billig, und der stillschweigenden Intention der Contrahenten gemäß, daß der Käufer dieses Legat jetzt auch dem Erben des Legatars prästire. S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VI. cap. 6.

68) Bey diesen Worten finden die Ausleger Schwierigkeiten. Sie sollen auf den hier entschiedenen Fall nicht recht passen. Denn *Attius* war ja selbst der Legatar. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. will daher statt an legatario, lesen *an* ALII *legatario*. Dieser Leseart stimmt auch *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 6. pag. 256. bey. Allein *Corn. van* BYNKERSHOEK c. l. verwirft sie geradezu. Er sagt, der Sinn dieser Worte, welche den andern Entscheidungsgrund enthalten, sey der: daß es auch dem Käufer der Erbschaft nichts verschlagen könne, ob er dem Attius das Legat bezahlt, oder dem Verkäufer, welcher desselben Erbe geworden ist. Diesen Sinn werde man erhalten, wenn man statt *Attio*

3) den Verkäufer auch wegen des übrigen Aufwandes entschädigen, den er der Erbschaft wegen gehabt hat. Dahin gehören z. B. die auf das Begräbniß des Verstorbenen verwendeten Kosten, ferner was der Verkäufer, als Erbe, von öffentlichen Abgaben entrichtet hat, welche auf den erbschaftlichen Grundstücken haften. Ja auch sogar dasjenige, was zwar der Verkäufer noch nicht bezahlt hat, allein noch der Erbschaft wegen bezahlen muß, kann er von dem Käufer fordern. L. 2. §. 11. *D. h. t.* Sive ipso venditor dederit aliquid pro hereditate, sive procurator eius, sive alius quis pro eo, dum negotium eius gerit: locus erit ex vendito actioni: dummodo aliquid absit venditori hereditatis. *L.* 2. §. 16. *D. eodem.* Si quid publici vectigalis nomine praestiterit ven-

vielmehr *tibi* lieset, und die Worte auf folgende Art versetzt: *nec quicquam intersit, utrum tibi, an legatario, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit.* Allein hier ist die eine Emendation violenter, als die andere. Mir scheint daher noch immer die Erklärung des Accursius, welcher auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVI not. h. beystimmt, die beste zu seyn, welcher die Worte so versteht: *nihil interesse, utrum Attio pecunia debeatur, ut creditori ex contractu, an ut legatario.* Daß das Nämliche auch bey dem Erben des Legatars Rechtens sey, bedurfte keiner besondern Erwähnung, sondern ist stillschweigend durch die Worte: *qui te heredem fecerit,* angedeutet. Bynkershök selbst hält diese Erklärung für gar nicht unrichtig. Er glaubt aber doch, daß man, zur Unterstützung derselben, mit Anwendung der Regel der Gemination, so lesen müsse: *Utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an* LEGATA*rio*, hoc est, *legata legatario.* Eben den Sinn, sagt er, werde man erhalten, wenn man statt *legatario* auch legata lieset.

venditor hereditatis: consequens erit dicere, agnoscere emtorem ei hoc debere. Namque hereditaria onera etiam haec sunt. Et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum. *L.* 2. §. 18. *D. eod.* Quodsi funere facto, heres vendidisset hereditatem: an impensam funeris ab emtore consequatur? Et ait LABEO, emtorem impensam funeris praestare debere: quia et ea, inquit, impensa hereditaria est. Cuius sententiam et JAVOLENUS putat veram, et ego arbitror. *L.* 2. §. 10. *D. eod.* Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilominus agere potest cum emtore.

§. 1015.

3) Rechte und Verbindlichkeiten des Verkäufers und Käufers der Erbschaft in Rücksicht dritter Personen.

In Ansehung eines jeden Dritten hingegen behält I) der Verkäufer der Erbschaft noch immer alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben. Denn der Charakter eines Erben, welcher die Erbschaft einmal angenommen hat, ist unauslöschlich. Der Verkäufer kann daher 1) noch die directe Erbschaftsklage gegen den dritten Besitzer der Erbschaft anstellen [69]). Er kann 2) erbschaftliche Schulden beytreiben [70]); nicht minder 3) andere Kla-

69) HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. und SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 3.

70) Wenn jedoch der Käufer der Erbschaft einem Schuldner des Erblassers die Schuld erlassen hat, und der Verkäufer klagt dennoch die Schuld ein, so steht ihm die exceptio doli im

Klagen, die dem Erblasser zustanden, als Repräsentant desselben, anstellen, nur muß er freylich das, was er durch diese Klagen erhalten hat, dem Käufer der Erbschaft herausgeben [71]). Dahingegen können aber auch 4) sowohl die Legatarien und Fideicommissarien, als auch die Erbschaftsgläubiger und alle andere, welche an den Erblasser oder desselben Verlassenschaft Ansprüche haben, den Erben, auch nach dem Verkaufe der Erbschaft, noch eben so belangen, als wenn er die Erbschaft noch besäße. Denn es tritt hier auch die Regel ein, daß der Schuldner sich keinen Andern substituiren kann [72]). Der Verkäufer kann in diesem Falle blos seinen Regreß wegen der Entschädigung gegen den Käufer nehmen [73]). Ja es können nicht einmal die Gläubiger den Käufer der Erbschaft wider dessen Willen belangen, wenn gleich der Verkäufer mit dem Käufer ausdrücklich ausgemacht hätte, daß er die Gläubiger

Wege. *L. 16. pr. D. de pactis.* Auch können die Erbschaftsschuldner dem Verkäufer nicht mehr mit Sicherheit zahlen, wenn ihnen der Verkauf der Erbschaft von dem Käufer derselben wär bekannt gemacht worden. *L. 3. Cod. de novat.* S. *Ant.* FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 6.

71) S. GÜNTHER Principia iuris Rom priv. noviss. Tom. II. §. 976. nr. II.

72) *L. 25. Cod. de pactis.* Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest. S. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 736. S. 164.

73) *L. 2. Cod. de legat.* Quamvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt: et *quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emtore vel fideiussoribus eius petere poterit.* Mehrere Stellen sind schon oben vorgekommen. Man vergleiche *L. 2. §. 13. et §. ult. D. h. t.*

biger der Erbschaft befriedigen solle. Denn der Käufer hat sich dadurch ihnen nicht verbindlich gemacht, sondern sich blos dem Verkäufer verpflichtet. Die Gläubiger haben daher auch aus diesem Vertrage kein Recht erworben. Alles dieses bestätiget folgende Hauptstelle.

L. 2. Cod. h. t. Ratio iuris postulat, *ut creditoribus hereditariis, et legatariis seu fideicommissariis, te convenire volentibus, tu respondeas: et cum eo, cui hereditatem venundedisti, tu experiaris suo ordine* [74]. Nam ut satis tibi detur, sero desideras: quoniam eo tempore, quo venundabatur hereditas, hoc non est comprehensum [75]. Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat: *excipere tamen actiones hereditarias* INVITUS *cogi non potest.*

Läßt sich jedoch der Käufer auf die wider ihn angestellten erbschaftlichen Klagen dennoch freywillig ein; und war-

74) Dem Verkäufer der Erbschaft steht deswegen die *actio venditi*, oder auch, wenn der Verkauf, interpositis stipulationibus emtae et venditae hereditatis, ist geschlossen worden, die *actio ex stipulatu* zu. *L. 18. D. h. t.*

75) Hat sich also der Verkäufer, wegen seiner Entschädigung in Ansehung dessen, was er etwa noch als Erbe zu leisten haben würde, nicht gleich anfangs bey Schließung des Contracts Bürgschaft leisten lassen, so kann er nachher dergleichen Sicherheit nicht weiter fordern. Denn es fällt ihm zur Last, daß er sich nicht besser vorgesehen hat. Diesem ist *L. 41. D. de iudiciis* nicht entgegen. Denn sie redet von dem Falle, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, und gehört also, wie *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. schon bemerkt hat, gar nicht hierher. Man sehe auch *Iac.* CUJACII Observat. Lib. XVII. cap. 37.

warum sollte er sich hierin seines Rechts nicht begeben können? so ist von nun an der Verkäufer den Gläubigern gar nicht weiter verbunden [76]). Denn die Gläubiger haben dadurch, daß sie den Käufer der Erbschaft belangen, gleichsam stillschweigend mit ihm paciscirt, daß sie von dem Verkäufer nichts weiter fordern wollen. Er kann ihnen daher, wenn sie nachher dennoch ihren Regreß gegen ihn nehmen sollten, die exceptio pacti taciti mit Recht entgegensetzen, wie folgende Gesetzstelle bestärkt.

L. 2. Cod. de pactis. Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse: *exceptione taciti pacti* non inutiliter defenderis [77]).

Das

76) S. *Paul.* MOUNIER Diss. ad Legem II. Cod. de hered. vel act. vend. *Lugd. Batavor.* 1786. Cap. IV. §. 4. *Sam de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. und Westphal vom Kauf §. 866.

77) *Ger.* NOODT in libro sing. ad Edictum Praetoris de pactis et transactionibus. Cap. 2. §. *Quintum* etc. (*Operum* Tom. I. pag. 489.) wo er dieses Gesetz erklärt, setzt den Grund dieser Einrede, welche dem Verkäufer der Erbschaft in dem Falle, von welchem das Gesetz redet, zusteht, in der Regel, welche Paulus *L.* 21. §. *ult. D. de pactis* giebt, nämlich daß die pacta in rem allen denen ein Recht geben, deren Befreyung von der Verbindlichkeit dem Paciscenten selbst nützlich ist. Dies ist nun allerdings hier der Fall. Denn käme das pactum tacitum, welches hier zwischen dem Käufer der Erbschaft und den Gläubigern derselben geschlossen wird, dem Verkäufer nicht zu statten, so würde derselbe, wenn er von den Gläubigern noch belangt werden könnte, und er dieselben hätte befriedigen müssen, seinen Regreß gegen den Käufer nehmen.

Das hier eintretende Rechtsverhältniß ist also ganz von dem verschieden, welches aus der Restitution einer fideicommissarischen Erbschaft entsteht. Der Fiduciar kann von dem Augenblicke an, da er die Erbschaft abgeliefert hat, weder erbschaftliche Klagen erheben, noch von den Gläubigern der Erbschaft weiter belangt werden. Denn ihm würde in jenem Falle eben sowohl die exceptio restitutae hereditatis entgegenstehen, als er sich in diesem selbst damit schützen kann. Das Trebellianische Senatusconsult, auf dessen Auctorität sich dieser Unterschied gründet, hat hierdurch sowohl für die Sicherheit des Erben, damit er nicht aus Furcht vor nachtheiligen Folgen die Erbschaftsantretung verweigern möchte, als für den Nutzen des Fideicommissars, damit derselbe, auf dessen Gefahr die Erbschaft angetreten wurde, den Vortheil hätte, die erbschaftlichen Schulden selbst mit Wirkung beytreiben zu können, sehr weislich gesorgt [78]).

Es giebt indessen auch beym Verkaufe einer Erbschaft Fälle, wo jene Regel Ausnahmen leidet. Denn einmal hat der Fiscus das Vorrecht, daß wenn in seinem Namen eine Erbschaft verkauft worden ist, alle auf der Erbschaft haftenden Schulden und Lasten dergestalt auf den Käufer übertragen werden, daß dieser geradezu in Anspruch genommen werden kann, und muß, weil gegen den Fiscus keine weiteren Klagen Statt finden [79]). Aes alienum,

78) S. *L.* 1. §. 2. et 4. *D. Ad SCt. Trebell.* und *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 4. pag. 376.

79) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Est et alia.* T. II. *Operum* pag. 405. und *Hug.* DONELLUS Comment. ad L. 1. Cod. h. t. (in *Recitat. ad libr. IV. Cod.*)

num, so rescribiren die Kaiser **Sever** und **Antonin** *L.* 1. *Cod. h. t.* hereditate nomine fisci vendita, ad onus emtoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est [80]). Sodann gestattet die heutige Praxis auch bey einem Privatverkaufe der Billigkeit wegen eine subsidiarische Klage gegen den Käufer in dem Falle, wenn der Verkäufer insolvent seyn sollte [81]).

II. Auch der **Käufer der Erbschaft** kann sich, da er an die Stelle des Erben tritt, der Klagen, die dem Verkäufer, als Erben, direct zustehen, utiliter bedienen. So kommt ihm nicht nur die hereditatis petitio utilis zu, wenn sich die ihm verkaufte Erbschaft in fremden Händen befinden sollte [82]), sondern es werden ihm auch gegen die Schuldner des Erblassers actiones utiles gestattet. Ehemals war zwar dazu ein Mandat von Seiten

80) Diese Verordnung ist keinesweges durch die *L. ult. Cod. de quadrien. praescript.* abgeändert worden, wie *Io. Iac.* WISSENBACH in Commentat. in libros VII. prior. Cod. ad L. 1. Cod. h. t. pag. 310. irrig behauptet. Denn die *L. ult. Cod. cit.* redet blos von dem Falle, da die vom Fiskus geschehene Veräusserung von einem Dritten in Anspruch genommen wird. Hier kann der Käufer den Kläger an den Fiscus weisen, um die Sache mit diesem auszumachen. S. **Westphals** System des R. R. über die Arten der Sachen. § 899.

81) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXIII. Th. 75. und HOFÄCKER Princip. iuris civ. R. G. Tom III. §. 1943.

82) *L. 54. pr. D. de hered. petit.* **Westphals** System. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente. §. 359.

ten des Verkäufers erforderlich; allein da eine solche Vollmacht nicht immer zu erhalten war, und auch in mehreren Fällen unwirksam wurde; so erlaubte zuerst der Kaiser **Antoninus Pius** den Käufern der Erbschaften, auch ohne Cession, gegen die Schuldner der Erbschaft actiones utiles anstellen zu können. Es gehören hierher folgende merkwürdige Gesetzstellen.

L. 16. *pr. D. de pact.* Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat: doli exceptio nocet. *Nam ex quo rescriptum est a* DIVO PIO, *utiles actiones emtori hereditatis dandas*, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

L. 5. *Cod. h. t.* Emtor hereditatis, *actionibus mandatis*, eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur: *quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.*

Jedoch ist zwischen der actio mandata und utilis in Absicht auf die Wirkung derselben kein Unterschied [83]).

§. 1016.

II. Verkauf der Klagen. 1) Welche Klagen sind ein Gegenstand des Kaufs.

Eben so, wie Erbschaften, können auch II. Klagen ein Gegenstand des Kaufs seyn [84]). Dieß geschieht, wenn

83) *L.* 47. §. 1. *D. de negot. gest.* *L.* 8. *Cod. h. t.* S. *Christ. Frid.* MÜHLENBRUCH Commentat. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. *Rostochii* 1813. 4. Cap. I. §. 3. et 6.

84) S. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. ad Tit. Dig. de hereditate vel actione vendita (in *Collect. Disputat.* Vol. II. Nr. 153.)

wenn man das Recht, einen gewissen Anspruch, den man an einer Sache hat, vor Gericht geltend zu machen, oder eine Forderung, die man an einen Schuldner hat, vor Gericht einzuklagen, auf einen Andern dergestalt überträgt, daß er das übertragene Recht nicht an Zahlungs statt erhalten, sondern einen in Gelde bestehenden Preis dafür bezahlen soll [85]). Es können daher Klagen ohne Unterschied verkauft werden, sie mögen dingliche oder persönlich seyn, die Forderung, die sie betreffen, mag schon exigible seyn, oder noch von dem Ausgange einer Bedingung, oder von dem Ablaufe einer bestimmten Zeit abhangen. Dieß alles ist nach dem neuern Rechte keinem Zweifel unterworffen.

L. 9. Cod. h. t. Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui *personalem* redemerit *actionem*, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, etiam eum, qui *in rem actionem* comparaverit, eadem uti posse facultate [86]). Cum enim *actionis* nomen generale

85) *L. 5. §. 2. D. Quib. mod. pignus solv. §. 2. I. de reb. corp. et incorp. Pr. I. de action.* S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Altera.* Tom. II. *Oper.* p. 406. und *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 17.

86) Actiones in rem directae können zwar nur demjenigen zustehen, welcher ein dingliches Recht hat. *L. 23. D. de rei vindic.* Durch den Verkauf der Klage wird aber das Eigenthum des Gegenstandes derselben nicht erworben. *L. 8. Cod. h. t.* Allein actiones in rem utiles können auch einem Nichteigenthümer zustehen. Dies ist der Grund, warum auch Realklagen verkauft werden können. Nämlich der Käufer stellt gegen den Besitzer die actio in rem utilis an. Also in Absicht auf actiones utiles ist kein Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Kla-

rale sit omnium sive *in rem* sive *in personam actionum*, et apud omnes veteris iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat: nihil est tale, *quod differentiam in huiusmodi utilibus actionibus possit introducere.*

L. 17. D. de hered. vel act. vend. Nomina eorum, *qui sub conditione, vel in diem debent,* et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest [87]).

Die

Klagen. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. und WISSENBACH Commentat. in Cod. ad h. L.

87) Man verwechsele jedoch nicht den Verkauf einer bedingten Forderung, mit dem bedingten Verkaufe einer unbedingten Forderung. Denn in dem letztern Falle gilt der Kauf nicht eher, als wenn die Bedingung existirt. Er ist also null, wenn die Bedingung nicht in Erfüllung geht. *L. 37 in fin. D. de contrah. emt.* In dem ersten Fall hingegen ist der Kauf an sich gleich gültig. Denn auch eine bloße Hofnung kann der Gegenstand eines Kaufs seyn. *L. 8. §. 1. D. eodem.* und dann geht ja auch eine bedingte Forderung auf die Erben über. *§. 4. I. de verbor. obligat.* Daher sagt Ulpian *L. 42. pr. D. de obligat et act.* mit Recht: Eum, qui stipulatus est, placet etiam pendente conditione *creditorem* esse. Der Gläubiger kann nur aber freylich vor der Erfüllung der Bedingung nicht gegen den Schuldner klagen. *L. 213. D. de Verbor Signif.* Wohl aber kann der Käufer, ehe noch die Bedingung existirt, nach *L. 19. D. de hered. vel act. vend.* gegen den Verkäufer ex emto klagen, daß er den Schuldner (durch die Form der Acceptilation) seiner Verbindlichkeit entlasse, z.B. wenn er die Absicht hat, dem Schuldner damit ein Geschenk zu machen. *L. 19.* sagt nemlich: Multum interest, *sub conditione aliqua obligatio veneat*, an, *cum ipsa obligatio sub conditione sit, pure veneat.* Priore casu, deficiente conditione, nullam esse venditionem:

Die Klagen müssen nur einen der Privat-Disposition unterworffenen Gegenstand betreffen, und an sich keinen ganz persönlichen Grund haben. Daher können 1) solche Klagen nicht verkauft werden, welche das Recht der Privatpersonen gar nicht betreffen; z. B. Criminalklagen, die blos auf eine öffentliche Bestrafung des Verbrechers gehen [88]). Dahingegen können Klagen aus Verbrechen, in sofern sie blos die Privatgenugthuung des Klägers betreffen, welche ihm aus dem Vermögen des Beklagten zu leisten ist, ohne Bedenken verkauft werden [89]). 2) Auch solche Klagen können nicht auf andere durch Verkauf übertragen werden, welche eine gewisse persönliche Eigenschaft auf Seiten des Klägers voraussetzen, oder sonst ein ganz persönliches Fundament haben. Dahin gehören z. B.

tionem: posteriore, statim venditionem consistere. Nam si Titius tibi decem sub conditione debeat, et eius abs te nomen emam, *confestim ex emto vendito agere potero, ut vel acceptum ei facias.* Der Zweck ist also hier Befreyung des Schuldners, nicht aber, wie Westphal vom Kaufe §. 827. a. E. glaubt, Verweisung des Schuldners an den Käufer. Wie könnte der Käufer diesen Zweck erreichen? Hörte die Verbindlichkeit des Schuldners auf, so würde ja auch sein eigenes Recht aufhören, wie auch schon Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswalde 1812. §. 12. Not. 3. S. 82. gegen Westphal erinnert hat.

88) *L. 13. §. 1. D. de public. iud. L. 9. §. 5. D. de publican. et vectigal. L. 7. §. 14. L. 27. §. 4. D. de pact.* S. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. Nr. 7. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1945.

89) *L. 11. et 12. pr. D. de Verb. Signif. L. 14. pr. D. de furt. L. 31. pr. D. de act. emti et vend. L. 7. §. 1. D. Commodati.* S. HOFACKER c. l. §. 1945. pr.

z. B. manche Retractsklagen [90]; ferner Injurienklagen [91]), und die sogenannten actiones meram vindictam spirantes [92]). 3) Klagen, welche durch Anstellung derselben in einen Prozeß bereits übergegangen sind, können ebenfalls während des Prozesses nicht veräussert werden [93]). Dergleichen Veräusserung verbieten die Gesetze, damit nicht

90) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 31. Man sehe auch, was von der Cession des Retracts oben §. 996. S. 194. f. vorgekommen ist.

91) S. *Sam.* STRYK Diſſert. de iuribus et actionibus non ceſſibilibus. Cap. VI. §. 6. *Io. a* SANDE Tr. de actionum ceſſione Cap. V. nr. 11. *Io.* BRUNNEMANN Tr. de ceſſione actionum Cap. IV. nr. 57. Viele nehmen jedoch die actio iniuriarum aeſtimatoria aus. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. nr. 4. HOFACKER Princ. iur. civ. T. III. §. 1945. in fin. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 77. a. E. Wäre der Injuriant schon zu einem Abfindungs-Geldquantum rechtskräftig verurtheilt worden, so würde wohl die Abtretung dieser Forderung kein Bedenken finden. S. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentation. in Pand. h. t. §. 9.

92) Man rechnet vorzüglich hierher die actio revocatoria donationis propter ingratitudinem, und die Querela inofficioſi teſtamenti. S. *Ulr.* HUBER Praelect. in Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 7. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. LXV. Th. 8. *Sam.* STRYK de iurib. et actionib. non ceſſibilibus Cap. VI. §. 7. et 8. *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviſſ. T. II. §. 977. Anderer Meinung sind jedoch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 27. et 28. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. nr. 2. et 5. und *Io.* BRUNNEMANN Tr. de ceſſione action. Cap. IV. §. 54.

93) *L. 2. Cod. de litigioſis. L. fin. C. eodem.*

nicht die Lage des Prozeßes zum Nachtheil des Gegners verändert werde [94]). Kann übrigens zwar das Recht selbst, welches durch die Klage verfolgt wird, nicht cedirt werden, weil es von der Person des Berechtigten nicht getrennt werden kann; so darf man doch wenigstens die Vortheile desselben einem Andern durch Kauf überlassen. Dies ist z. B. der Fall beym Usufructus, dessen Genuß oder Ausübung der Berechtigte, so lange er lebt, ohne Zweifel einem Andern überlassen kann [95]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß auch hier, so wie in andern Fällen, durch die Urkunde das Object derselben als Gegenstand des Vertrags gemeint wird. Wird also ein Wechsel oder sonst eine Schuldverschreibung verkauft, so ist die Schuldforderung, worüber das Document lautet, als verkauft anzusehen.

L. 44. §. 5. *D. de legatis I.* Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est *venditio*: nam, cum chirographa veneunt, *nomen venisse videtur*.

L. 59. *D. de legatis III.* Qui *chirographum* legat, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de *actionibus*, qua-

94) STRYK cit. Tract. Cap. VI. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. T. III. Lib. XLIV. Tit. 6. §. 15. Dennoch läßt die heutige Praxis eine Cession der in Streit befangenen Klagen zu. S. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. not. 22. u. *Car. Frid.* HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 684.

95) §. *1. in fin. I. de usu et habitat.* *L.* 12. §. 2. *L.* 38. *L.* 67. *D. de Usufr.* *L.* 8. §. *ult.* *D. de peric. et comm. rei vend.* S. *Henr.* COCCEJI Diss. de cessione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra. *Francof. ad Viadr.* 1709. Cap. IV. §. 12.

quarum probatio tabulis continetur: appellatione enim *chirographi* uti nos *pro ipsis actionibus* palam est, cum, *venditis chirographis*, *intelligimus* NOMEN *venisse*: quin etiam, si *nomen* quis legaverit, id, *quod in actionibus est*, legatum intelligitur.

§. 1017.

Cession der Klagen und Rechte.

Durch den Verkauf einer Klage wird nicht das Object selbst oder desselben Eigenthum auf den Käufer übertragen, sondern nur das Recht, eine Forderung oder einen Anspruch des Verkäufers gerichtlich zu verfolgen. Da nach der Strenge des ältern Rechts Klagen von der Person des Gläubigers nicht getrennt werden konnten, so konnte auch eine Forderung nicht leicht von einem Berechtigten auf den andern übergehen [96]. Sollte daher der Käufer die Klage anstellen, so war noch eine besondere Bevollmächtigung nöthig, und der Käufer mußte denn im Namen des Verkäufers als dessen Procurator auftreten [97].

 Eine

96) Der Grund lag theils in der Natur einer obligatio, welche sich immer nur auf gewisse Personen beschränkt, theils in dem ehemaligen strengen Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner. Daher konnte Niemand wider seinen Willen gezwungen werden, sich mit demjenigen in einen Prozeß einzulassen, dem er auf keine Weise verpflichtet war. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 185. der 4. Auflage und *Christ. Frid.* MÜHLENBRUCH Commentat. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. Sect. I. §. 2. pag. 9. sqq.

97) Daher werden die Ausdrücke *cedere* und *mandare actionem* actio *mandata* und actio *cessa*, als gleichbedeutend genommen. *L. 76. D. de solut.* *L. 1. §. 13. et 14. D. de tut. et ration. distrah.*

Eine solche Vollmacht, vermöge deren Jemand eine Forderung, die ihm durch Kauf, oder auch auf eine andere Art, z. B. durch Schenkung oder an Zahlungsstatt überlassen worden, Namens des Abtretenden einklagen, und dasjenige, was er von dem Schuldner erhält, behalten solle, wird in dem römischen Recht *Cessio actionis* genennt [98]). Der alte Gläubiger hieß dann *Cedens*, der neue aber, den die Glossographen *Cessionarius* nennen, wurde procurator in rem suam genennt [99]). Die actio cessa war demnach die dem Verkäufer zustehende actio dire-

distrah. *L.* 11. *L.* 14. *et* 21. *Cod. de fideiussor.* Eine gleiche Bedeutung hat der Ausdruck *praestare actionem.* *L.* 6. §. *ult.* D. *Nautae caupon.* *L.* 2. *D. depositi.* *L.* 31. *D. de act. emti et vend.* *L.* 38. *D. de evict.* *L.* 7. *D. de obligat. et action.* S. *Iac.* CURTII Εἰκαστῶν f. Conjectural. iur. civ. Lib. III. c. 19. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 206.) *Franc.* HOTTOMANNUS Observation. iuris Lib. VI. cap. 16. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Anton Fabrum.* Lib. III. Tract. XXIII. Qu. 3. *Ulr.* HUBER Praelectiones iur. civ. ad Institut. Lib. III. Tit. 27. §. 3. – *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XV. cap. 44. §. *Quod si quis.* und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 34.

98) *Io. a* SANDE Comm. de actionum cessione. *Franequerae* 1623. *Alph. de* OLEA Tr. de cessione iurium et actionum. *Genevae* 1681. *Christ.* LENZ Tr. de nominibus et actionibus cessis. *Lipsiae* 1661. *Io. Dan.* GRUBER Diss. de actionibus mandatis. *Halae* 1723. und *Fr. Ge.* ANKELMANN Diss. de cessione nominis. *Goett.* 1791.

99) *L.* 3. §. 5. *D. de in rem verso.* *L.* 6. *Cod. de obligat. et act.* *L.* 1. *Cod. de contrario iud. tut.* S. *Hub.* GIPHANII Lecturae Altorfin. ad L. 1. Cod. de oblig. et action. nr. 9. und diesen Commentar 5. Th. §. 396.

directa. Allein nach dem neuern Recht bedarf es dieser Cession nicht mehr, der Erwerber der fremden Forderung hat stets eine actio utilis in eignem Namen [100]). Diese actio utilis, welche der Kaiser Antoninus Pius zu Gunsten des Käufers einer Erbschaft aus Gründen der Billigkeit eingeführt hat, hat man auf denjenigen, dem ein nomen verkauft worden, nach dem Beyspiel desjenigen, dem ein nomen verpfändet worden, ausgedehnt, und es hängt nun der Regel nach ganz von der Willkühr des Erwerbers ab, ob er mittelst der Cession als Procurator in rem suam auftreten, oder die actio utilis in eignem Namen erheben wolle. Alles dieses bestätiget die Auctorität folgender Gesetzstellen.

L. 7. Cod. h. t. Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium visum est, *post nominis venditionem* UTILES *emtori* (sicut responsum est), *vel* [1]) *ipsi creditori postulanti*, dandas actiones.

L. 8. Cod. eodem. Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel *in rem suam procuratore facto*, vel UTILIS, secundum ea,

100) *L. 1. et 2. Cod. de obligat. et act. L. 4. Cod. Quae res pignori.* S. diesen Commentar Th. XV. §. 959. S. 350.

1) Haloander lieset statt vel, UT. Die Glosse bemerkt, daß in einigen Handschriften VELUT gelesen werde. Diese Leseart billiget auch *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 575. Allein *vel* für VELUT ist gar nicht ungewöhnlich. S. BRISSON. de Verbor. Signif. voc. *Vel* und Scheller lateinisch-deutsch. Lexikon voc. *Vel.*

ea, quae pridem constituta sunt, *exemplo creditoris* persecutio tribuitur.

L. 2. Cod. de Obligat. et Action. Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit; UTILEM tamen marito *actionem, ad similitudinem eius, qui nomen emerit*, dari oportere, saepe rescriptum est.

L. fin. Cod. Quando fiscus vel privatus. In solutum nomine dato, non aliter, nisi *mandatis actionibus*, ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest: *suo autem nomine* UTILI ACTIONE *recte utitur.*

L. 18. Cod. de legatis. Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, *directas* quidem actiones legatarius habere non potest; UTILIBUS tamen *suo nomine* experietur.

L. 2. Cod. de contr. iudicio tutelae. Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, sed absens et indefensus acquievisti: cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, *actiones* adversus contutores tuos *mandari* tibi a pupilla desiderabis, vel UTILI ACTIONE uteris.

Es erhellet aus diesen Gesetzstellen 1) daß jetzt nach der ausgedehnten Auslegung der Verordnung des Kaisers Pius, durch die neuern Verordnungen seiner Nachfolger, in allen den Fällen, wo sonst eine Cession der Klage erforderlich war, derjenige, welcher dieselbe verlangen könnte, auch ohne Cession, sofort in eignem Na-

men

men actione utili klagen kann [2]). Eine Ausnahme findet jedoch bey der universellen Gesellschaft statt. Hier müssen noch jetzt die Klagen cedirt werden, wenn auch die zu dem Vermögen des einen oder andern Socius gehörigen nomina gemeinschaftlich werden sollen. So lehrt Paulus *L.* 3. *D. pro Socio:* Ea vero, *quae in nominibus erunt*, manent in suo statu, sed *actiones invicem praestare debent* [3]). Gerhard Noodt [4]) giebt hiervon den Grund an, weil die Verordnung des Kaisers Pius auf diesen Fall nicht erstreckt worden sey, und die Bescheidenheit der Römischen Rechtsgelehrten eine eigenmächtige Ausdehnung ohne legislative Auctorität nicht gewagt habe, da ihnen das strenge Recht entgegen stand. Wir überzeugen uns 2) aus jenen Gesetzstellen, daß zwischen der actio cessa und utilis, der Wirkung nach, so wenig ein Unterschied Statt habe, als zwischen einer actio cessa und mandata [5]). Paulus bestärkt dieses noch mehr, wenn er in

2) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civ. Lib. XI. cap. 11. und *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum c. l. Qu. 2.

3) Eben dieses bemerkt Marcellus zu Julian *L.* 16. *D. de peculio* in dem Fall, wenn das Peculium eines gemeinschaftlichen Sklaven in nominibus besteht. S. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 27. §. 3.

4) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Altera* pag. 406.

5) S. *Ant.* FABRI Iurisprud. Papinianeae Scientia Tit. I. Princip. II. Illat 3. pag. 6. sq. (*Lugduni* 1607.) Anderer Meinung sind zwar GRUBER in Diss. de actionibus mandatis. BOEHMER Iur. Dig. h. t. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1947. et 1949. Allein Herr Prof. MÜHLENBRUCH in Commentat. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. Sect. I. nr. 5. pag. 15. sqq. hat diese Meinung gründlich widerlegt.

in der *L.* 47. §. 1. *D. de negotiis gestis* sagt: Nec refert *directa* quis, an *utili actione* agat, vel conveniatur — maxime *cum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum* [6]). Ja Ulpian sagt sogar *L.* 55. *D. de procurator.* Procuratore in rem suam dato, praeferendum non esse dominum procuratori [7]) in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam; *Qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.* 3) Daß die Cession bey der Veräusserung der Klagen nicht, wie viele [8]) sagen, das seyn könne, was bey dem Verkauf körperlicher Sachen die Tradition ist, erscheint auch nun ganz klar. Denn das Recht, die verkaufte Klage gegen den Schuldner des Verkäufers anzustellen, geht gleich nach geschlossenem Kaufe durch den bloßen Willen des Verkäufers auf den Käufer über, ohne daß es weiter einer Cession bedarf. Offenbar vermischt man hier die alte cessio in iure mit der Cession oder dem Mandat der Klagen. Jene war zwar allerdings ein modus acquirendi iuris civilis, und hatte, wie Ulpian [9]) lehrt, auch bey unkörperlichen Dingen, z. B. bey einer hereditas, ususfructus, tutela legitima statt. Allein daß auch nomina und actio-

6) S. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. I. Tit. 4. in Iurisprud. Antejustin. pag. 228. Not. 22.

7) So ist, statt *procuratoris*, mit *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. und POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. Lib. III. Tit. 3. Nr. L. richtiger zu lesen.

8) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32. BACHOV ECHT Tr. de actionib. Diss. IV. Th. 3. MALBLANC Princip. iuris Rom. T. III. §. 547.

9) *Fragment.* *Tit. XIX.* §. 11.

actiones hätten in iure cedirt werden können, hat nie einer der Römischen Rechtsgelehrten behauptet. **Ulpian** lehrt uns vielmehr das Gegentheil wenn er [10]) sagt: Si postea, quam adita fuerit hereditas, in iure cessa sit, is, qui cessit, permanet heres: et ob id creditoribus defuncti manet obligatus: *debita vero pereunt, id est, debitores defuncti liberantur.* Durch die cessio in iure hatte sich nämlich der Cedens von seinem Recht gänzlich losgesagt, und solches auf den Cessionar übertragen. Allein durch die Antretung der Erbschaft war zwischen dem Erben, und den Schuldnern der Erbschaft eine obligatio entstanden, welche nach dem Grundsatz des ältern Civilrechts: obligatio personam non egreditur, durch die cessio in iure nicht von einem Berechtigten auf den andern übertragen werden konnte. War es nun dennoch geschehen, so wurde zwar der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreiet, aber ein Recht ging auf den Cessionar nicht über. Es sollte dieses nicht gerade eine Strafe für den Gläubiger seyn, wie **Johann van de Water** [11]) glaubt, sondern diese Folge lag in der Natur der Cession selbst, wie **Anton Schulting** [12]) richtiger bemerkt hat. Wie läßt sich also wohl mit Grund behaupten, daß an die Stelle jener alten Cessio in iure das Mandat bey Klagen, die man einem Andern überläßt, getreten sey? Eine Uebergabe, oder etwas derselben Aehnliches ist hier gar nicht denkbar. Denn das Recht, welches der Erwerber durch

10) Loc. cit. §. 14.

11) Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 11. pag. 321. sqq.

12) Ad *Ulpiani* Fragmenta c. 1. not. 49. in *Iurisprud. Antejustinian.* pag. 625.

durch den Contract erhält, besteht hauptsächlich in einem ius exigendi gegen den Schuldner des Veräusserers, vermöge dessen der Erwerber berechtiget ist, von demselben beyzutreiben, was dieser dem erstern schuldig ist. Ein solches Recht, als etwas blos Intelligibles, läßt sich weder nach der Vernunft, noch nach dem römischen Recht tradiren [13]. Wenn nun auch gleich sonst bey unkörperlichen Dingen eine Quasi-Tradition Statt findet, wie z. B. bey Servituten, welche in der Ausübung des ertheilten Rechts von Seiten des Erwerbers, und in der Duldung von Seiten des Constituenten besteht, so leidet doch hier die Natur der Sache nicht, dergleichen Quasi-Tradition als möglich anzunehmen. In actionibus enim cedendis, sagt Doneau [14], nullus istiusmodi usus accipientis, nulla cedentis patientia intervenire potest; cum actionis usus instituatur cum debitore, cuius nullae sunt partes in hac cessione. Hac de causa ex omni datione et cessione nominis, quae fit non mandatis actionibus, non aliae transferuntur actiones, quam utiles. Quippe traditionibus et usucapionibus iure directo res transferuntur. Actionis autem datio nullam traditionem admittit.

Im allgemeinen Sinn wird jedoch jede Uebertragung eines Rechts auf einen Andern **Cession** genennt. Sie ist auf Seiten des Cedenten eine Art der Begebung, von Seiten des Cessionars aber eine Art der Erwerbung des Rechts, welche eine iusta causa praecedens, einen Rechts-

13) *L.* 43. §. 1. *D. de acquir. rer. domin.*

14) Commentarior. Iuris civ. Lib. XV. cap. 44. §. *Postquam.* pag. 836. (edit. Françof. 1626.)

Rechtstitel erfordert, z. B. Kauf, Schenkung, u. dgl. Nach dem ältern Römischen Recht, und ehe Justinian den Unterschied zwischen dem, was man ex iure Quiritium erworben, und was man nur in bonis hatte, aufhob [15]); mußte die Cession auf eine feyerliche Art vor Gericht geschehen. Diese in iure cessio war, wie Ulpian [16]) sagt, eine communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi; und hatte sowohl bey körperlichen, als unkörperlichen Sachen Statt [17]). Eigenthum, Usus-fructus [18]), Erbschaften [19]), ja sogar die tutela legitima

15) *L. un. Cod. de nudo iure Quirit. toll.*

16) *Fragm.* Tit. XIX. §. 9.

17) ULPIAN *c. l.* §. 11. *et* 15. In Rücksicht der Worte des §. 15. Res autem corporales, quoties singulae in iure cessae sunt, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, halten jedoch viele die gemeine Leseart für unrichtig. *Ant.* SCHULTING in Jurisprud. Antejust. pag. 625. not. 50. verbessert sie folgendermassen: Res autem corporales, *quamvis* singulae in iure cessae *non* sunt, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas. Denn durch die Cession der Erbschaft ging auch das Eigenthum der einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sachen ohne eine besondere Cession auf den Cessionar über, *L.* 23. *pr. D. de acquir. poss.* *L.* 1. *D. de bon. poss.* Dieser Emendation giebt auch Westphal vom Kauf §. 836. Beyfall.

18) Der Proprietar kann sogar den Ususfructus, den er selbst nicht hat, auf den Fall der Consolidation cediren, wie Paulus in seinem Buche de iure singulari *L.* 63. *D. de Usufr.* bemerkt. S. *Fr.* CONRADI Diss. ad Iul. Paulum de iure singulari. Fragm. II. §. 5.

19) S. CUJACIUS Observat. lib. XVIII. cap. 11. und *Io. Melch. Gottl.* BESEKE de alienatione hereditatis Cap. V. §. 64. sqq. pag. 87.

ma [20]) konnte durch eine *cessio in iure* einem Andern überlassen werden; und nur wenn diese geschehen war, konnte die Erwerbung nach dem Civilrecht bestehen. Dieses hörte jedoch auf, nachdem Justinian die Subtilität des quiritarischen Rechts aufhob, und die Cession kann nun ohne alle Feyerlichkeit geschehen. Die Rechtsgelehrten nennen die jetzt übliche Cession, zum Unterschiede jener feyerlichen Cessio in iure, eine cessio simplex s. nuda, deren Gegenstand alle Rechte, sowohl dingliche als persönliche seyn können, wo keine besonderen Ausnahmen eintreten [21]. Die Regeln, die man hier zu geben pflegt, cessibel ist, was vererbt, nicht cessibel, was nicht vererbt werden kann [22]), sind, als trüglich, schon längst verworfen worden [23]). Richtig aber

20) Zu Ulpians Zeiten galt jedoch vermöge der *Lex Claudia* nur noch bey der tutela feminarum die Cession. Bey Agnaten war die tutela cessitia ganz aufgehoben, wie Ulpian *Fragm. Tit. XI.* §. 8. selbst lehrt. S. SCHULTING Iurispr. Antejust. pag. 596. not. 26. et. 27.

21) GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov. Tom. II. §. 978. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 75. Von der Abtretung des Pfandrechts an einen Andern siehe Gmelins und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. IV. B. Nr. XIII. S. 210. ff.

22) S. BRUNNEMANN de cessione actionum Cap. IV. nr. 21. BERLICH Conclus. pract. Part. 2. Concl. 2. nr. 25. CARPZOV Resp. iur. Lib. IV. Tit. 4. Resp. 33. nr. 24. und Desselb. Iurisprud. for. P. I. Const. 28. Def. 95. nr. 6.

23) *Henr.* COCCEJI Diss. de cessione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra. *Frfti ad Viadr.* 1709. und *Ioach. Heinr. Christ.* LUEDERS Diss. de iuribus ex cessione tam valida

aber ist es, daß Rechte, welche eine gewisse Qualität voraussetzen, die von der Person des Berechtigten nicht zu trennen ist, nicht cedirt werden können [24]), wie z. B. Erblosung, persönlicher Adel, Wohlthat der Competenz, und alle Privilegien, welche nicht auf die Erben übergehen [25]). Jedoch können zuweilen auch Privilegien und andere Rechte, die mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, wenigstens, solange derselbe lebt, von ihm zur Ausübung an Andere überlassen werden, z. B. der Ususfructus [26]). Ja man behauptet sogar, daß auch der Vortheil der Competenzwohlthat an einen Andern abgetreten werden könne, wenn es nicht unentgeltlich geschieht [27]).

§. 1018.

Form der Cession. Freywillige und nothwendige Cession.

Die Cession fordert jetzt zu ihrer Form und Gültigkeit weiter nichts, als die Einwilligung der Interessenten, nämlich des Cedenten und Cessionars, und kann daher sowohl

lida. quam invalida. Praes. *Walt. Vincent.* WIESE def. *Rostochii* 1780. §. 8.—§. 15.

24) *L.* 68. *D. de div. reg. iur.* S. den 2. Th. dieses Commentars §. 101. S. 6. Nr. 4.

25) *L.* 1. §. 2. *D. de constit. princip.* §. 6. *I. de iure nat. gent. et civ.* *L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. de iure immunit.* Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 77. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 647.

26) *L.* 12. §. 2. *L.* 67. *D. de Usufructu* verglichen mit §. 3. *I. eodem.* Man sehe Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 95. Thibaut a. a. O. §. 75.

27) S. *Ge. Andr.* IOACHIM Diss. de cessione beneficii competentiae. *Lipsiae* 1733. §. 20. et 21.

sowohl mündlich, als schriftlich, sowohl unter den Gegenwärtigen, als Abwesenden, sowohl gerichtlich als aussergerichtlich geschehen [28]). Wird ein Cessionsschein, wie sehr oft der Fall ist, darüber ausgestellt, so geschieht es nur um des Beweises willen, und zur Legitimation des Cessionärs [29]). Zu einer Cession kann jedoch Niemand in der Regel wider seinen Willen genöthiget werden [30]). Zwey Fälle giebt es indessen, wo sie wegen eines vorhandenen besondern Verpflichtungsgrundes gefordert werden kann, nämlich a) wenn man durch Abtretung des Rechts sich dazu verbindlich gemacht hat; und b) wenn man für seinen Schuldner von einem Dritten die Bezahlung der Schuld empfieng [31]). Denn auf diesen Fall geht die Verordnung des Kaisers Pius nicht, und ist auch durch keine neuere Verordnung darauf erstreckt worden, weil immer ein Vertrag vorausgesetzt wird, welcher die Eigenschaften eines zur Uebertragung eines Rechts geschickten Titels hat. Diese Eigenschaften hat die Zahlung nicht, durch deren

28) *Christ.* HOFFMANN Disp. de cessionibus iudicialibus et extraiudicialibus earumque differentiis. *Vitemb.* 1739.

29) S. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen u. förml. Abfassung rechtlicher Aufsätze. 2. Th. 4. Hauptabth. 6. Hptst. §. 74. S. 217. und Claproth Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte. 2. Th. S. 829. Der Cessionsschein muß jedoch eine causa oder Titel enthalten. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 4.

30) *Io. Casp.* HEIMBURGII Progr. de creditore ad iura tertio cedenda haud obligato, Dissertat. I. W. *Westphalii* de furto magno praemiss. *Ienae* 1745.

31) SCHACHER Diss. de quibusdam cessionibus necessariis. *Lipsiae* 1642. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 76.

deren Annahme der Gläubiger zwar den Schuldner befreiet, keinesweges aber sein Recht gegen denselben auf denjenigen, welcher für ihn zahlt, zu übertragen intendirt [32]). Es ist daher eine Cession hier nöthig, welche der Bürge von Rechtswegen [33]), ein Anderer aber nur dann verlangen kann, wenn er sich solche bey der Bezahlung ausbedungen hat [34]). Die Cession kann übrigens gegen oder ohne Vergeltung geschehen.

§. 1019.

Wirkung der Cession.

Durch die Cession geht nun das ganze Recht des Cedenten in Ansehung der cedirten Forderung mit seinen Anhängen auf den Cessionar über. Ihm kommen also auch die der Forderung wegen dem Cedenten constituirten Sicherheitsrechte, z. B. sein Pfandrecht, ferner die Ansprüche an den Bürgen zu statten. Es ist dieses nicht nur der allgemeinen Regel gemäß: Qui in ius alterius succedit, iure eius uti debet, welche uns Paulus *L.* 177. *pr. D. de div. reg. iuris* giebt, und zwar gerade in Beziehung auf unsere Lehre, wie aus der Verbindung der *L.* 7. *et L.* 13. *D. h. t.* erhellet, welche ebenfalls, wie die *L.* 177., aus Pau-

32) HEIMBURG Progr. cit. §. 13.

33) *L.* 17. *L.* 41. §. 1. *D. de fideiussor.* *L.* 2. *Cod. eod.* Ohne Cession steht die Klage des Gläubigers dem Intercedenten nicht zu. *L.* 39. *D. eodem.* *L.* 11. *Cod. eodem.* S. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 370. Not. 1.

34) *L.* 5. *Cod. de solut.* SANDE Tr. de action. cessione. Cap. VI. nr. 68. HEIMBURG cit. Progr. §. 15. sq.

Paulus *libro* 14. *ad Plautium* genommen sind [35]; sondern es sagen dieses auch die Gesetze dieses Titels ganz bestimmt:

L. 2. *pr. D. h. t.* Id inter ementem et vendentem agi, *ut neque amplius*, NEQUE MINUS IURIS *emtor habeat, quam apud heredem futurum esset.*

L. 6. *D. eodem.* Emtori nominis etiam *pignoris persecutio* praestari debet: eius quoque, quod postea venditor accepit. *Nam beneficium venditoris prodest emtori.*

L. 23. *pr. D. h. t.* Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, OMNE IUS, *quod* EX EA CAUSA *ei competit*, tam adversus ipsum reum, quam *adversus intercessores huius debiti cedere debet*, nisi aliud actum est.

L. 8. *Cod. eodem.* Ex nominis emtione — exemplo creditoris, *persecutio tribuitur.*

Alles dieses hat seinen ganz natürlichen Grund darin, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und die der abgetretenen Forderung wegen bestellten Sicherheitsrechte, sie mögen dem Gläubiger nach dem Gesetz oder vermöge eines Vertrags zustehen, wenn sie auch gleich erst vor Gericht bey der Anstellung der Klage geltend gemacht werden können, dennoch der Forderung gleich von ihrer Entstehung an inhäriren, und gleichsam einen Theil derselben ausmachen. Sie müssen also um so mehr auf den Cessionar übergehen, weil sonst die cedirte For-

35) S. *Iac.* GOTHOFREDI Comm. in tit. Pand. de div. regulis iuris, ad L. 177. pr. pag. 717.

Forderung nicht ganz die nämliche seyn würde, welche sie vorher war [36]). Hieraus läßt sich nun auch beurtheilen, ob und wiefern die besondern Rechte und Privilegien des Cedenten auf den Cessionar übergehen? Die Rechtsgelehrten sind über diese Frage sehr verschiedener Meinung. Einige [37]) glauben, es komme darauf an, ob der Cessionar Namens des Cedenten actione mandata, oder ob er mit der actio utilis in eigenem Namen klagt. Im letztern Falle giengen keine andere Rechte und Privilegien auf den Cessionar über, als welche mit der ihm überlassenen Forderung selbst verbunden sind. In dem ersten Falle aber sey wieder zu unterscheiden, ob die Cession aus freyem Willen, oder vermöge einer rechtlichen Nothwendigkeit geschehen sey. In jenem Falle, da z. B. eine Forderung dem Cessionar verkauft oder verschenkt worden ist, könne sich derselbe aller Privilegien des Cedenten bedienen, auch der persönlichen. Dieses sey nicht nur der klaren Verordnung der *L. 5. Cod. h. t.* gemäß, sondern eben dieses bringe auch die Natur der Sache mit sich, weil hier der Cessionar nur als Stellvertreter des Cedenten handle. In dem letztern Falle aber, da die Cession eine nothwendige war, kämen die persönlichen Privilegien des Cedenten dem Cessionar nicht zu statten, wie Papinian *L. 42. D. de administrat. et peric. tutorum et curator.* lehre. Denn wenn der Cedent seine Klage abzutreten, rechtlich genöthiget sey, so müsse

36) S. MÜHLENBRUCH Commentat. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. Sect. III. pag. 24. sqq.

37) Vorzüglich DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XV. c. 44. §. *Et hoc quidem.*

müsse man annehmen, er habe von dem seiner Person eigenen Rechte nichts übertragen, sondern nur das abtreten wollen, was der Klage eigen ist, weil **Modestin** sage *L. 18. D. de adimendis legat.* neminem in necessitatibus liberalem existere. Und so argumentirt denn einer der größten Civilisten, dessen Commentarii de iure civili gewiß das gründlichste und vollständigste System sind, welches jemals geschrieben worden ist. Allein wie kann es denn hier von der Freygebigkeit des Cedenten abhängen, ob und in wiefern die ihm zustehenden besondern Rechte auch dem Cessionar zu statten kommen? **Papinian** hat ja hierin den Grund seiner Entscheidung gar nicht gesetzt, sondern er sagt: *Non enim causae, sed* PERSONAE *succurritur, quae meruit praecipuum favorem.* Nun ist hier von einem Privilegium oder persönlichen Vorzugsrechte des Pupillen die Rede, welches demselben vor Einführung der gesetzlichen Hypothek wegen Ansprüche an seinen Vormund zustand, und nicht auf die Erben überging [38]). Also nicht von der Nothwendigkeit der Cession, sondern von dem Zustande und der besondern Begünstigung der Person, welcher das Privilegium zusteht, wird der Entscheidungsgrund hergenommen, und daraus ist zu beurtheilen, ob die Ausübung eines persönlichen Privilegiums durch einen Stellvertreter geschehen kann, oder nicht. Ueberdem aber ist auch der Unterschied, den **Doneau** zwischen der actio mandata und utilis macht, in keinem Gesetz gegründet. Die bereits oben angeführten Gesetze legen vielmehr beyden Klagen gleiche Wirkung

38) *L. 19. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 25. D. de tut. et ration. distrah. pag 815.

kung bey. Doch schon Caspar Schifordegher [39]) hat diese Meinung gründlich wiederlegt. Hiermit fällt nun aber auch zugleich die Meinung derjenigen, welche, ohne auf die Art der Privilegien Rücksicht zu nehmen, blos darauf gesehen wissen wollen, ob der Cessionar mit der actio directa oder utilis klage, und in dem ersten Falle dem Cessionar jedes Privilegium des Cedenten einräumen, die Cession sey übrigens, von welcher Art sie wolle, weil hier der Cessionar blos die Person des Cedenten vorstelle; in dem letztern Falle aber demselben den Gebrauch der Privilegien des Cedenten schlechterdings absprechen, weil ihm die actio utilis in eigener Person zustehe; welche Meinung vorzüglich Georg Frantzke [40]) zu vertheidigen gesucht hat. Die meisten [41]) unterscheidet jedoch, zwischen persönlichen Privilegien, welche auch nicht einmal der Ausübung nach von der Person des Privilegirten getrennt werden können, und zwischen dinglichen, welche der cedirten Forderung anhängen, und auf die Erben übergehen. Letztere stünden ihrer Natur nach auch dem Cessionar zu [42]). Hieher gehöre z. B. das privilegium tacitae hypothecae, welches den Pupillen und Minderjährigen, statt jenes persönlichen Vorzugsrechts, auf dem Vermögen ihrer Vormünder durch das neuere

 Recht

39) Ad Ant. *Fabrum* Lib. III. Tract. 23. Qu. 23. pag. 330.

40) Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. 14. nr. 44. pag. 290 sqq.

41) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 55. et 56. LENZ Tr. de nominibus et actionib. cessis. Cap. XXVII. Membr. 5. pag. 323. sqq. *Gustav Bernh.* BECMANN Diss de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. *Goett.* 1781. §. 9.

42) *L.* 68. *D. de div. reg. iur.*

Recht ertheilt worden ist; weil von der Beschaffenheit des ältern Privilegiums, welches nicht auf die Erben gieng, auf die Qualität der stillschweigenden Hypothek der Schluß nicht gelte. Die persönlichen Privilegien des Cedenten hingegen seyen dem Cessionar schlechterdings abzusprechen. Dieß lehre die Natur dieser Privilegien, so wie sie uns **Paulus** [43]) darstellt. Eben dieses bestätige **Papinians** Entscheidung in Betreff jenes persönlichen Vorzugsrechts, welches nach dem ältern Recht den Pupillen und anderen unter der Vormundschaft stehenden Personen zustand [44]). Hieher gehöre auch das Vorzugsrecht, mit welchem die stillschweigende Hypothek der Ehefrau in Rücksicht ihres Heyrathsguts begleitet ist [45]). Mehrere [46]) wollen jedoch eine Ausnahme in Ansehung des Fiskus machen. Bey diesem finde das besondere Recht statt, daß wer sich von ihm eine Forderung cediren läßt, alle Privilegien desselben ohne Unterschied zu geniessen habe. Der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten falle hier darum weg, weil der Fiskus, als eine moralische Person, die nicht stirbt, keinen Erben habe. Dieses anomalum soll gegründet seyn, in *L.* 43. verbunden mit *L.* 17. §. 5. *D. de Usur.* und besonders in *L. fin. Cod. de privileg. fisci*, wo die Kaiser **Valerian** und **Gallienus** rescribiren: Si in te ius fisci, cum reliqua solveres debitoris, pro quo satisfaciebas, tibi competens iudex adscripsit, et transtulit, ab his creditori-

43) *L. cit.* 68.

44) *L.* 42. *D. de admin. tut.*

45) *L. ult.* §. 1. *Cod. Qui potior. in pignore.*

46) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. LAUTERBACH c. l. §. 58. *Io. Henr.* BERGER Diss. de cessione privil. fiscal. *Vit.*

toribus, *quibus fiscus potior habetur*, res, quas eo nomine tenes, non possunt inquietari. Allein daß die Gesetze in Ansehung des Fiskus nichts vom gemeinen Rechte Abweichendes haben verordnen wollen, erhellet klar aus andern Gesetzstellen.

L. 3. Cod. de privil. fisci. Si cum pecuniam pro marito solveres, rescribirt hier der Kaiser **Antonin**, *neque ius fisci in te transferri impetrasti*, neque pignoris causa domum vel aliud quid ab eo accepisti, habes personalem actionem.

Also ohne Cession geht das Recht des Fiskus eben so wenig, als das Recht eines Andern Gläubigers, auf den über, welcher für den Schuldner desselben, ohne dazu verpflichtet zu seyn, Zahlung leistet. Daß übrigens das Rechtsverhältniß ganz das nämliche sey, der Gläubiger sey der Fiskus, oder eine Privatperson, lehrt uns vollends folgende Gesetzstelle.

L. 11. Cod. de fideiussorib. et mandator. Potuisti sane, rescribirt hier der Kaiser **Alexander**, cum fisco solveres, desiderare, *ut ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferetur*: et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. *Quod et in privatis debitis observandum est.*

Die oben angeführte *L. 43. D. de usuris* enthält auch nichts Besonderes. Es kommt nur auf die richtige Leseart an.

HERENNIUS MODESTINUS respondit (*libro XVIII. Responsorum*) eius temporis, quod cessit, postquam fiscus debitum percepit, eum, qui mandatis a fisco actio-

actionibus experitur, usuras, quae in stipulatum deductae non sunt, petere posse.

Man stelle sich hier folgenden Fall vor. Der Fiskus wird Erbe des verstorbenen Titius. Mävius ist Schuldner der Erbschaft. Zinsen von dieser Schuld sind zwar nicht stipulirt. Allein vermöge eines dem Fiskus zustehenden Privilegiums müssen doch nun von der Zeit an, da der Fiskus dem Titius succedirte, demselben Zinsen bezahlt werden [47]). Sejus, des Schuldners Bürge, bezahlt hierauf dem Fiskus die Schuld, und läßt sich die Klage desselben cediren. Nun entsteht die Frage, ob der Cessionar eben so, wie der Fiskus, die Zinsen auch für die Zukunft fordern könne? Nach der gemeinen Leseart, mit welcher auch die florentinische übereinstimmt, hätte **Modestin** die Frage bejahet. Wäre aber diese Entscheidung nicht ganz widersinnig gewesen? Der Fiskus hatte ja von der Zeit an, da er seine Bezahlung erhielt, keine Zinsen mehr zu fordern. Der Cessionar würde also sich nicht blos die Ausübung eines dem Fiskus vermöge seines Privilegiums schon erworbenen Rechts, sondern in der That das Privilegium des Fiskus selbst zueignen. Unmöglich konnte **Modestin** eine solche Entscheidung aufstellen, die der gemeinen Rechtsregel [48]): In omnibus caussis id observatur, *ut ubi personae conditio locum facit beneficio*, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficiat, so offenbar entgegenstreitet. Es leuchtet demnach in die Augen, daß man statt *petere posse* nothwendig *petere* NON *posse* lesen müsse. Die Emendation hat auch die

47) *L. 17. §. 5. D. de Usuris.*

48) *L. 68. D. de div. reg. iur.*

die Auctorität der Basiliken[49]), und der berühmtesten Rechtsausleger[50]), bis auf den Emund Merill[51]), welcher unrichtig die florentinische Leseart vertheidiget, für sich. Es erhellet zugleich hieraus, daß wenn von der Cession solcher Forderungen die Rede ist, deren wegen dem Gläubiger besondere Rechte und Wohlthaten zustehen, das Absehen der Interessenten nicht dahin gehen könne, daß das dem Cedenten zustehende Privilegium selbst auf den Cessionar übertragen werde, sondern daß der Cessionar nur das vermöge desselben schon erworbene Recht des Cedenten ausübe, und dann kann ja die Uebertragung eines vermöge des Privilegiums erworbenen Rechts nicht in engern Gränzen eingeschlossen seyn, als die Uebertragung eines solchen Sicherheitsrechts, welches sich der Gläubiger durch Vertrag von dem Schuldner bestellen ließ.

49) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 3. Const 53. pag. 387. Ἐὰν τῷ δημοσίῳ καταβαλὼν εκχωρηθῶ τὸ χρέος σου τοῦ μετὰ μὴν ἐξ ἐμοῦ καταβολὴν χρόνου τόκους ὀυκ ἀπαιτῶ σε, ἐι μὴ ἔτυχες ἐπερωτηθείς; oder nach der Uebersetzung des Fabrot: *Si me solvente fisco, quod tu ei debes, fiscus mihi cesserit nomen tuum, eius temporis, quod post solutionem praeteriit, usuras a te non petam, nisi eas mihi stipulanti spoponderis.*

50) *Iac.* CUJACIUS Commentar. ad Responsa Modestini Libr. XVIII. ad L. 43. D. de Usuris. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. III. Cap. 10. §. *Illud quoque.* (in *Operib.* Tom. I. pag. 252.) *Nic.* CATHARINUS Observation. et Conjecturar. Lib. I. cap. 45. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 277.) POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. Lib. XXII. Tit. 1. Nr. L. not. i. und BECMANN cit. Diss. de success. cred. in alt. locum. §. 9. in fin.

51) Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 33.

ließ. Nach der richtigern Meinung kommen daher alle Rechte und Wohlthaten, welche dem Cedenten der abgetretenen Forderung wegen zustanden, auch dem Cessionar zu statten, ohne Unterschied, sie mögen dingliche oder persönliche seyn, sofern nicht die Gesetze, wegen besonderer Verhältnisse der Personen unter sich, in einzelnen Fällen eine Ausnahme machen, so daß selbst die Ausübung des Privilegiums ein solches Verhältniß, als nothwendige Bedingung, voraussetzt[52]). So z. B. geht zwar die stillschweigende Hypothek, welche der Ehefrau wegen ihres Heyrathsgutes auf dem Vermögen des Ehemanns zusteht, auf den Cessionar über, aber nicht das Vorzugsrecht, mit welchem die Gesetze diese Hypothek der Ehefrau begleiten[53]). Dahingegen geht die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der von den Minderjährigen abgetretenen Forderung, in Rücksicht welcher er dieselbe wegen erlittener Verletzung selbst zu suchen berechtiget war, auf den Cessionar über, wenn gleich dieselbe in einer besondern Begünstigung des Alters gegründet ist[54]); ja der Minderjährige kann sogar zuweilen zur Cession der ihm zustehenden Rechtswohlthat genöthiget werden, wenn der Cessionar durch ihn in Rücksicht seiner eigenen Geschäfte in Schaden gebracht worden ist[55]).

Im-

52) S. MÜHLENBRUCH cit. Commentat. Sect. III. §. 7. p. 30. sqq.

53) L. 12. *Cod. Qui potiores in pignore. L. un. C. de privileg. dotis.*

54) S. *Henr. de* COCCEJI Diss. cit. de cessione eorum, quae ad heredes non transf. Cap. IV. §. 4—7. und den 5. Th. dieses Commentars §. 459. S. 560.

55) *L. 24. pr. D. de Minorib.*

Immer geht also nur das Recht auf den Cessionar über, was der cedirten Forderung cohärirt, nicht aber was der Cedent, aus einer besondern Rechtsbegünstigung seines Zustandes, erst in künftigen Fällen benutzen kann. So ist die *L.* 9. §. 8. *D. de publican. et vectigal.* zu vereinigen, wo Paulus sagt: Fiscus ab omnium vectigalium praestationibus immunis est. Mercatores autem, qui de fundis fiscalibus mercari consuerunt, nullam immunitatem solvendi publici vectigalis usurpare possunt. Mit Recht wird hier den Käufern fiskalischer Güter die Zollfreiheit abgesprochen, welche dem Fiskus zusteht. Denn diese Immunität ist zwar dem Fiskus in den Gesetzen zugesichert, allein von deren Gebrauch kann doch nicht eher die Frage seyn, als wenn der Fiskus in dem Fall sich befindet, wo nach der Vorschrift des gemeinen Rechts Zoll bezahlt werden muß. Die Käufer, welche sich diese Immunität zu Nutzen machen wollten, würden also hier nicht sowohl ein dem Fiskus vermöge dieses Privilegiums schon erworbenes Recht ausüben, sondern sich das Privilegium des Fiskus selbst zueignen. Auf keine Weise kann jedoch der Cessionar a) von denjenigen Privilegien Gebrauch machen, welche dem Cedenten bey der gerichtlichen Verfolgung seines Rechts zustehen, und ohne Rücksicht auf die cedirte Forderung blos den Prozeß betreffen. Z. B. das Privilegium, daß bey fiskalischen Forderungen dem Gegner des Fiskus keine Appellation gestattet wird [56]), geht nicht auf den Cessionar über. Denn es steht mit der cedirten Forderung in keiner nothwendigen Verbindung. Hätte hingegen der Cedent durch eine der

56) *L. 4. et 8. Cod. Quorum appellat. non recipiuntur.*

der cedirten Forderung wegen bereits erhaltene Immission in die Güter des Schuldners bereits ein dingliches Sicherheitsrecht erhalten, so würde solches auch dem Cessionar ohne allen Zweifel zu statten kommen. Eben so wenig gehen b) diejenigen Rechte auf den Cessionar über, welche zwar dem Cedenten bey Gelegenheit der cedirten Obligation zugestanden haben würden, aber doch dieselbe nicht näher berühren. So ist z. B. bekannt, daß der Pfandinhaber, wenn er das Pfand durch einen gültigen Contract von dem Schuldner erhielt, deshalb auch wegen anderer mit der Pfandschuld in keiner Verbindung stehenden Forderungen das Retentionsrecht ausüben dürfe [57]). Dieses Recht ist auf den Cessionar nicht zu erstrecken [58]).

Es entsteht jedoch die Frage, ob sich der Cessionar bey der Verfolgung der ihm abgetretenen Forderung nicht seiner eigenen Privilegien bedienen könne? Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten sehr verschieden beantwortet. Einige [59]) verneinen sie schlechterdings. Andere [60]) bejahen sie. Noch andere [61]) unterscheiden, ob das

57) *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecuniam pignus teneri posse.* S. den 15. Theil dieses Commentars §. 937. S. 130. f.

58) S. MÜHLENBRUCH Comm. cit. III. 11. pag. 38. sq. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 311. und *Walt. Vincent.* WIESE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa. *Rost.* 1780. §. 24.

59) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 59. und besonders *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. de privilegio cedentis et cessionarii. *Francof.* 1695. Cap. III. §. 16. sqq.

60) *Christ. Wilh.* WEHRN Disquisit. iurid. de cessionario privilegiato

das eigene Privilegium des Cedenten ein dingliches, oder ein blos persönliches, z. B. privilegium fori, sey. Nur in dem letztern Falle könne der Cessionar davon Gebrauch machen, aber nicht in dem erstern. Endlich behaupten einige [62]) noch, daß es auch bey persönlichen Privilegien vielmehr darauf ankomme, ob die Cession gegen Vergeltung oder unentgeltlich geschehen sey. Nur in dem ersten Falle behalte der Cessionar sein Privilegium, wenn er ex iure cessio klagt; aber in dem letztern würde es hart seyn, die Lage des Schuldners dadurch zu erschweren. Soviel ist gewiß, daß der Cessionar in Rücksicht der ihm abgetretenen Forderung nicht mehr Recht haben könne, als der Cedent hatte. Nemo enim plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet [63]). Auch wird durch die Cession die Natur der Verbindlichkeit nicht geändert. Denn die Cession ist keine Delegation, sie wird vielmehr in den Gesetzen von der letztern ausdrücklich unterschieden [64]). Es kommt daher bey der aufgeworffenen Frage alles darauf an, ob sich der Cessionar seines eigenen Rechts auf eine solche Art bedienen wolle, daß dadurch die Natur der Verbindlichkeit zum Nachtheil des Schuldners geändert werden würde, oder nicht, sondern der Gebrauch des Privilegiums blos durch

giato ad usum privilegiorum suorum admittendo. *Erfordiae 1786.* Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 79.

61) *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 13. *Iul. Frid.* MALBLANC Princip. iuris Rom. T. II. Sect. II. §. 548.

62) *Ant.* FABER Cod. definition. forens. Lib. III. Tit. 12. Def. 22.

63) *L. 54. D. de div. reg. iur.*

64) *L. 1. Cod. de novat. et delegat.*

durch solche Umstände veranlaßt werde, welche außer den Gränzen der Cession liegen. In dem ersten Falle leuchtet es ein, daß der Cessionar von seinem eignen Recht keinen Gebrauch machen könne. Z. B. der Cessionar ist ein solcher Gläubiger, welcher das Privilegium hat, daß er von seinen Forderungen Zinsen verlangen kann, wenn sie ihm gleich nicht versprochen worden sind, oder daß er höhere Zinsen fordern kann, oder daß ihm auf den Vermögen seiner Schuldner eine stillschweigende Hypothek zusteht, wenn die abgetretene Forderung eine blos chirographarische ist. Denn hier würde sich ja der Cessionar zum Nachtheil des Schuldners in Ansehung der ihm cedirten Forderung ein ausgedehnteres Recht zueignen, als der Cedent hatte, welches gegen die Natur der Cession streitet [65]). Eine Ausnahme findet jedoch in Ansehung des **Fiskus** Statt, welcher sich seiner Privilegien bedienen kann, wenn er gleich in ius privati creditoris succedirt, wie **Ulpian** lehrt *L. 6. pr. D. de iure fisci.* Fiscus, cum in privati ius succedit, privati iure *pro anterioribus suae successionis temporis* [66]) utitur; caeterum *postea quam successit, habebit privilegium suum.* Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen: an vero postea quam convenit debitorem, an postea quam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur? Et quidem *usuras exinde petit fiscales* [67]), etsi brevio-

res

65) *L. 2. pr. D. L. 5. Cod. h. t. L. 175. L. 177. D. de div. reg. iuris. L. 39. in fin. D. de negot. gest.*

66) *Anteriora temporis* ist ein Gräcismus, und sowohl tempus illud, quod antecessit. S. POTHIER Pand. Iustin. T. III. Lib. XLIX. Tit. 14. Nr. XXXVIII. not. f.

67) *L. 17. §. 6. D. de Usuris.*

res debeantur [68]), *ex quo convenit certum debitorem et* [69]) *confitentem*. At in *privilegio* [70]) varie rescriptum est: puto tamen *exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est*. Das Privilegium des Fiskus selbst war wohl außer Zweifel, nur über die Zeit, von welcher an der Fiscus von seinem Privilegium Gebrauch machen könne, scheint der Streit gewesen zu seyn, der hier entschieden wird. Soviel ist gewiß, daß dieses besondere Recht keine Ausdehnung, auch nicht auf Kirchen, zuläßt [71]), wie einige irrig behaupten [72]). In dem oben angegebenen letzten Falle aber, da das eigene Privilegium des Cessionars auf die cedirte Forderung selbst keinen Einfluß hat, geschweige daß dadurch die Natur der Verbindlichkeit geändert würde, kann der Cessionar ohne Bedenken bey der Verfolgung des ihm abgetretenen Rechts von diesem seinem Privilegium Gebrauch machen, die Cession sey gegen Vergeltung, oder unentgelt.

68) CUJACIUS Observat. Lib. XIX. cap. 2. erklärt diese Worte so: *etsi leviores usurae deberentur ei, cui successit*.

69) CUJACIUS l. c. glaubt, die Conjunction *et* müsse weggestrichen, was das *confitentem* auf *certum* bezogen werden.

70) Die Ausleger wollen darunter das privilegium exigendi verstehen, welches dem Fiscus vor andern chirographarischen Gläubigern ein Vorzugsrecht giebt. S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 46. §. 3. D. de iure fisci §. 4. pag. 1015. sq. und POTHIER Pand. Iustin. c. l. not. g. et i.

71) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. in fin.

72) BRUNNEMANN Comm. ad L. 6. D. de iure fisci und ANCKELMANN Diss. de cessione nominis. §. XIV. not. v.

geltlich geschehen [73]. Es tritt hier die Regel ein: Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam [74]. Z. B. der minderjährige Cessionar sucht in dem Prozeß mit dem debitor cessus wegen einer Versäumniß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; dieß muß sich der Schuldner gefallen lassen. Denn solche Rechtswohlthaten, welche die Gesetze einer Person überhaupt, ohne Beziehung auf die Sache, in welcher gerade davon Gebrauch gemacht werden will, ertheilt haben, verliehren dadurch ihre Gültigkeit nicht, daß der Privilegirte ex iure cesso klagt, wenn dem Schuldner auch dieses insofern nachtheilig ist, daß er nun gegen den privilegirten Cessionar die Einrede zufällig verliert, deren er sich in diesem Falle gegen den nicht eben so privilegirten Cedenten hätte bedienen können.

Die wichtigste und streitigste Rechtsfrage ist jedoch noch die, ob eben diejenigen Einreden, welche dem Cedenten entgegengesetzt werden konnten, auch dem Cessionar entgegenstehen? Man unterscheidet hier gewöhnlich [76]) folgende Fälle. Die Einreden sind entweder a) **dingliche**, die auf keine gewisse Person beschränkt, sondern

73) S. MÜHLENBRUCH Comm. cit. de iure eius, cui actionib. cessit creditor. III. 12. pag. 40. sqq.

74) *L.* 55. *L.* 151. und *L.* 155. *D. de reg. iur.*

75) *L.* 7. §. 4. *et.* 11. *L.* 36. *D. de minoribus.*

76) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 9. *Io.* SANDE Tr. de actionum cessione Cap. XIII. §. 7. *Christ.* LENS Tr. de nominibus et actionib. cessis. Cap. 32. et 33. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. nr. 10. *Gustav. Bern.* BECMANN Diss. de successione creditoris in alterius locum §. 8. ANCKELMANN Diss. de cessione nominis. §. 14. num. III. a. u. s.

dern in den cedirten Recht selbst gegründet sind, oder b) persönliche, sofern sie auf die Person entweder des Beklagten oder des Klägers beschränkt sind. Wenn nun der Cessionar aus dem ihm abgetretenen Recht klagt, so soll es darauf ankommen, ob er actione mandata, Namens des Cedenten, als procurator in rem suam klagt, oder in eigenem Namen mit der actio utilis, wie ihm nach dem Rescript des Kaisers Pius erlaubt ist. In dem ersten Falle müsse sich der Cessionar alle Einreden gefallen lassen, welche der Schuldner dem Cedenten selbst hätte entgegensetzen können, sie seyen dingliche oder persönliche. In dem letztern Falle hingegen unterscheidet man weiter, ob die dem Schuldner zustehenden Einreden dingliche oder persönliche sind. Jene stehen auch dem Cessionar entgegen, denn das bringe deren Natur mit sich [77]. Diese aber könnten, sofern sie blos die Person des Cedenten beträfen, dem Cessionar nicht entgegengesetzt werden; z. B. die exceptio doli [78]. Doch sey der Fall auszunehmen, wenn die Cession unentgeltlich geschahe, weil sonst der Cessionar sich mit dem Schaden des Schuldners auf eine unbillige Art bereichern würde.

77) Arg. *L. 14. §. 3. D. Communi divid. L. ult. §. 1. D. de except. rei vend. et trad. Cap. 46. de reg. iuris in VIto.* Man rechnet dahin die exceptio rei iudicatae, pacti, praescriptionis, non numeratae pecuniae, metus iniusti, SCti Vellejani, Macedoniani, solutionis, compensationis, iurisiurandi, u. d. *L. 7. §. 1. D. de except.*

78) *L. 4. §. 28. et §. 31. D. de doli mali et met. except. L. 3. Cod. de peric. et commodo rei vend.*

würde [79]). Allein dagegen läßt sich **Erstens** mit Recht einwenden, daß der Cessionar, der die ihm abgetretene Forderung verfolgt, doch nie eine andere Klage anstellen könne, als welche der Cedent selbst anzustellen gehabt hätte, er bringe sie nun als eine actio mandata, oder als actio utilis vor. Denn die Wirkung bey beyden Klagen ist, wie bereits oben bemerkt worden, die nämliche. Was also der actio mandata für Einreden entgegengesetzt werden können, stehen auch der actio utilis entgegen. **Zweytens** daß auch der gemachte Unterschied zwischen exceptiones in rem und in personam hier nichts entscheiden könne, erhellet daraus, weil nach der verschiedenen Bedeutung, welche die Gesetze mit diesen Benennungen verbinden, die nämliche Einrede eine dingliche und auch wieder eine persönliche seyn kann. So z. B. wird die exceptio doli mali in der *L.* 7. §. 1. *D. de except.* zu den exceptionibus rei cohaerentibus gezählt, und doch *L.* 2. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* gesagt: Et quidem illud annotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cuius dolo quis queratur: non in rem, *si in ea re dolo malo factum est:* sed sic, *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est.* Docere igitur debet is, qui obiicit exceptionem, *dolo malo actoris factum;* nec sufficiet ei, *ostendere in re esse dolum:* aut, si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare; dummodo hae sint, quarum dolus noceat. Dahingegen wird gleich nachher §. 2. gelehrt: Plane ex persona eius, qui exceptionem obiicit,

79) *L.* 6. *D. de except.* *L.* 4. §. 29. *et* 31. *D. de doli mali et metus except.*

obiicit, *in rem* opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, *sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.* Man sieht hieraus, daß die exceptio doli mali nur in Rücksicht des Klägers, dem sie entgegengesetzt wird, eine exceptio in personam ist, in Rücksicht des Beklagten aber, der sie vorschützt, eine exceptio in rem sey, welche auch auf den Nachfolger übergeht. Eben so ist die exceptio rei iudicatae zwar in rem, in sofern sie auch dem Successor zusteht [80]), aber doch auch nur in personam, insofern sie nach der Regel des **Modestinus**: res inter alios iudicata aliis non obest, nur demjenigen entgegengesetzt werden kann, wider welchen der rechtskräftige Ausspruch des Richters geht [81]). Es läßt sich hieraus wohl ein sehr gegründeter Schluß machen, daß die alten Römischen Rechtsgelehrten den Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Einreden wohl nicht zum Mittelpunkt der Entscheidung der gegenwärtigen Frage können gemacht haben. Hierzu kommt c) daß selbst die exceptio doli mali dem Cessionar unbedingt ex persona cedentis entgegengesetzt werden kann, insofern er sich des Rechts des Cedenten bedient, die Cession sey ex causa onerosa oder lucrativa geschehen. Der Grund liegt einmal in der Natur der Sache selbst. Denn wie konnte hier der Auctor des Cessionars durch seinen Dolus ein Recht erwerben, was er mit der Wirkung einer gerichtlichen Rechtsverfolgung auf ihn hätte übertragen können? Ein Recht oder Klage, so man selbst nicht hat, kann man auch

80) *L. 7. §. 1. D. de except.*

81) *L. 10. D. eodem. L. 2. Cod. eodem.*

auch gewiß keinem Andern abtreten. Aber es ist dieses auch die Stimme der Gesetze, welche uns nicht nur die allgemeine Regel geben: Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor, a quo ius in me transiit [82]; — Quod ipsis, qui contraxerunt, obstat, et successoribus eorum obstabit [83]; — Plerumque emtoris eadem causa esse debet, circa petendum ac defendendum, quae fuit auctoris [84]; sondern auch namentlich bey der exceptio doli es für billig halten, eum, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris, wie **Ulpian** lehrt *L.* 4. §. 27. *D. de doli mali et metus exceptione.* Erwägt man nun noch endlich, daß der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und daß der Zustand des Schuldners durch die Cession nicht verschlimmert werden darf, so läßt sich daraus die Meinung derjenigen [85] erklären, welche zur Regel annehmen, daß der Cessionar unstreitig alle diejenigen Einreden wider sich gelten lassen müsse, welche seinem Cedenten entgegenstanden, sie seyen dingliche, oder persönliche, exceptiones iuris oder facti, der Cessionar klage mit der actio directa mandata oder utilis. Die Wahrheit liegt auch hier, wie gewöhnlich, in der Mitte. Soviel ist 1) ausser Zweifel, daß der Cessionar alle diejenigen Einreden wider

82) *L.* 175. §. 1. *D. de div. reg. iur.*

83) *L.* 143. *D. eodem.*

84) *L.* 156. §. 3. *D. eodem.*

85) S. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 40. **Weber** Syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 117. Not. 9. S. 710. ff. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 548. pr. und GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 978. in fin.

der sich gelten lassen muß, welche sich weder auf eine gewisse Person, noch Sache beziehen, sondern dem Beklagten gegen jeden Kläger zustehen. Dahin gehören z. B. die Exceptionen, welche den Gerichtsstand betreffen; dahin gehört auch die exceptio moratorii, wenn gleich diese Einrede dem Successor nicht zu statten kommt [86]). Eben so gewiß ist es 2) daß diejenigen Einreden, welche das Klagerecht betreffen, und entweder darauf gehen, daß dem Kläger gar keine Klage zustehe, wie z. B. die exceptio SCti Macedoniani und Vellejani, oder daß die Klage aufgehoben sey, wie z. B. die exceptio praescriptionis, compensationis [87]), iurisiurandi, rei

iudi-

86) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de literis respirationis earumq. validitate et invaliditate. Cap. II. §. 10. und besonders *Io.* ANZMANN Vindiciae veritatis: fideiussorem, obtentc a debitore principali rescripto moratorio, a creditore conveniri haud posse, Dissertat. praeside *Io. Ge.* SCHLOER, *Moguntiae 1782.* def. §. 23.

87) Der Grund, warum die Einrede der Compensation dem Cessionar eben so, wie dem Cedenten, entgegengesetzt werden kann, liegt darin, weil die Klage ipso iure aufgehoben wird, sobald die causa compensandi eintritt. Eine Forderung, die nicht mehr existirt, kann also auch nicht mit Wirkung cedirt werden. *L. 4. Cod. de compensat.* Wäre jedoch der Cedent erst nach der Cession Schuldner des debitoris cessi geworden, so kann der Schuldner deswegen dem Cessionar die Einrede der Compensation nicht entgegensetzen, sofern nämlich der Cessionar dem Schuldner von der ihm geschehenen Abtretung der Schuldforderung Nachricht gegeben hatte. Denn so wenig der Schuldner jetzt mehr dem Cedenten Zahlung leisten konnte, so wenig kann er sich auch durch eine Compensation von seiner Schuld befreyen. S. WILLENBERG Diss. de privilegio ced. et cessionar. Cap. IV. §. 3. et 4. *a* SANDE l. c. Cap. XIII. §. 4. et 5. Ein Anders wäre, wenn dem Schuldner keine Anzeige

judicatae [88]) u. d. dem Cessionar eben so gut, wie dem Cedenten, entgegengesetzt werden können. Soviel jedoch die exceptio doli anbetrifft, so ist vor allen Dingen zu unterscheiden, ob der Cedent das dem Cessionar abgetretene Recht blos durch den Dolus erwarb, oder nicht. Nur in dem ersten Falle kann dem Cessionar die Einrede des Betrugs unbedingt entgegengesetzt werden. Denn so wenig der Cedent deshalb selbst klagen konnte, eben so wenig konnte er auch ein Klagerecht mit Wirkung cediren. In dem letztern Falle hingegen wird dem Cessionar di exceptio doli nicht entgegen stehen. Z. B. der

zeige geschehen seyn sollte. Hier würde demselben auch in diesem Falle die Einrede der Compensation nicht zu versagen seyn. S. LENZ Tr. de nominib. et action. cessis. Cap. XXIII. Membr. 6. nr. 16—22. Hatte der Cedent das Privilegium, daß sich der Schuldner in Ansehung der abgetretenen Schuld mit keiner Compensation gegen ihn schützen konnte; *L. 46. §. 5. D. de iure fisci*; so wird auch dem Cessionar diese Einrede nicht entgegen stehen. Denn hier fällt der oben angegebene Grund der Compensation weg. S. MÜHLENBRUCH Comm. cit. IV. 4. pag. 52. sqq. Daß sich der Cessionar die Einrede der Compensation müsse gefallen lassen, wenn er selbst dem debitor cessus schuldig ist, leidet keinen Zweifel.

88) Es wird auch hier vorausgesetzt, daß die Sache schon vor der Cession gegen den Cedenten müsse rechtskräftig entschieden worden seyn. *L. 44. D. de re iudicata.* Hat erst nach der Cession der Cedent wegen des abgetretenen Rechts mit dem Schuldner einen Prozeß ohne Wissen und Willen des Cessionars angefangen, und solchen verlohren, so kann dieß dem Cessionar zu keinem Nachtheil gereichen. S. *Ge. Math.* FRANCKENBERG Diss. de effectu rei iudicatae adversus eos, qui in lite non fuerunt. *Marburgi 1770.* §. 19. et 20.

der Intestaterbe beredet den Testamentserben auf eine betrügerische Art die Erbschaft auszuschlagen. Nun cedirt ersterer die Erbschaft an mich gegen den Empfang eines bestimmten Preises. Wenn ich nun, der ich von dem, was vorging, nichts wuste, die Erbschaftsklage gegen den Testamentserben anstelle, so kann er mich mit der exceptio doli nicht zurückweisen. Der Verkäufer hat zwar auch hier betrüglich gehandelt, allein dieser Betrug verbindet seinen Urheber nur zur Leistung des Interesse, mindert aber das erworbene Recht eines Dritten nicht, weil hier der Cedent die Erbschaft nicht durch den Betrug erworben, sondern dieselbe, als heres legitimus, verkauft hat [89]). So belehrt uns Ulpian *L.* 4. §. 28. *D. de doli mali et met. except.* wo er sagt: Si cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem; et postea quam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petat hereditatem: *exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, non potest pati.* Hieher gehört auch, wenn Kaiser Alexander *L.* 3. *Cod. de peric. et comm. rei vend.* sagt: *Dolum auctoris bonae fidei emtori non nocere, certi iuris est.* Ein Anders wäre, wenn der Cedent dem Cessionar die Erbschaft unentgeltlich abgetreten hätte. Hier muß sich der Cessionar die exceptio doli gefallen lassen. Die Gesetze halten dieses darum für billig, weil sich sonst der Cessionar zum Schaden des Testamentserben bereichern würde [90]). Folgende Gesetzstellen bestätigen diese Ausnahme.

L. 4.

89) S. MÜHLENBRUCH c. l. pag. 50. et 51.

90) *L.* 33. *L.* 206. *D. de div. reg. iur.* *L.* 6. §. 2. *D. de iure dot.*

L. 4. §. 29. *D. eodem.* Si quis autem ex causa legati vindicet, aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet, an de dolo exceptionem patiatur ex causa eius, in cuius locum successerit? Et magis putat POMPONIUS summovendum. Et ego puto exceptione eos esse repellendos: *cum lucrativam causam sint nancti.* Aliud est enim *emere*, aliud *ex his causis succedere.*

L. 4. §. 31. *D. eodem.* Auctoris autem dolus (sicut diximus) emtori non obiicitur. Sed hoc in emtore solo servabimus: item in eo, qui permutaverit, vel in solutum accepit: item in similibus, qui vicem emtorum continent. — *ex quacunque alia causa, quae prope lucrativam habet adquisitionem, quaesisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona eius, in cuius locum successit.* Sufficit enim, si is, qui pretium dedit, vel vice pretii, cum sit bona fide emtor, *ut non patiatur doli exceptionem ex persona auctoris: utique si ipse dolo caret.* Caeterum si ipse dolo non careat, pervenitur ad doli exceptionem, et patietur *de dolo suo exceptionem.*

Aus dem angeführten Grunde wird jedoch auch selbst bey einem Kaufe dem Cessionar der Dolus seines Auctors schaden, so weit er durch den Kauf einen Gewinn zu erhalten sucht. Hierauf deutet Paulus hin, wenn er *L.* 37. *D. de act. emti et vend.* sagt: Sicut aequum est, bonae fidei emtori alterius dolum non nocere, ita non est

dot. S. LENZ cit. Tr. Cap. XXXIII. nr. 5. et 6. VOET Comm. ad Pand. Lib. XLIV. Tit. 4. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. §. 8.

est aequum, eidem personae venditoris sui dolum prodesse [91]).

Es ergiebt sich hieraus 3) daß Einreden, welche blos die Person des Cedenten betreffen, jedoch das übertragene Klagerecht nicht ganz vernichten, dem Cessionar nur in sofern entgegenstehen, als sich derselbe mit dem Schaden desjenigen zu bereichern sucht, wider welchen er das ihm abgetretene Recht geltend macht. Ob aber

4) Einreden, welche ein gewisses gegenseitiges persönliches Verhältniß zwischen dem Kläger und Beklagten voraussetzen, noch Statt finden, wenn dieses Verhältniß durch eine Cession aufgehoben wird, ist eine Frage, welche besonders in dem Falle von Wichtigkeit ist, da dem Schuldner die Wohlthat der Competenz zusteht. Die Rechtsgelehrten sind auch hierüber nicht einig. Von einigen [92]) wird sie bejaht, von andern [93]) verneinet. Bestimmte Gesetze sind darüber nicht vorhanden. Es muß also die allgemeine Regel entscheiden: Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor, a quo ius in me transiit [94]). Ueberdem kann die Natur der Verbindlichkeit durch die Cession nicht zum Nachtheil des Schuldners geändert

91) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. Anders erklärt diese Stelle Westphal vom Kaufe §. 625. welcher behauptet, daß dem Käufer die exceptio doli jederzeit so gut entgegen stehe, wie dem Verkäufer.

92) LENZ Tr. de nominib. et act. cessis. Cap. 32. membr. 4. nr. 13. et 14. LAUTERBACH Disp. inaug. de beneficio competentiae. §. 44.

93) MÜHLENBRUCH cit. Comm. pap. 54 sq.

94) *L. 175. §. 1. D. de div. reg. iur. L. 160. §. fin. D. eodem.*

dert werden, auch könnte ja der Cedent, welcher dem Schuldner die Competenz gestatten mußte, dem Cessionar natürlich nicht mehr Recht abtreten, als er selbst hatte.

Daß übrigens 5) der Schuldner, wenn er von dem Cessionar belangt wird, dem Cedenten noch den Eid deferiren könne, wenn das Factum, worüber der Eid geschworen werden soll, ein solches ist, welches nur allein den Cedenten betrifft, und wovon daher nur dieser allein Wissenschaft hat, ist schon an einem andern Ort [95]) bemerkt worden.

§. 1020.

Die Cession kann ohne Wissen und Willen des Schuldners geschehen.

Zur Cession einer Schuldforderung wird zwar die Einwilligung des Schuldners nicht nothwendig erfordert. Sie kann vielmehr gültig auch ohne sein Wissen, ja wider Willen des Schuldners geschehen. Die *L. 3. Cod. h. t.* und *L. 1. Cod. de novat. et delegat.* sagen einmüthig: Nominis venditio *et ignorante, vel invito eo, adversus quem actiones mandantur*, contrahi solet. So lange jedoch der Schuldner von der geschehenen Cession keine Wissenschaft erhalten hat, kann er noch immer dem ersten Gläubiger Zahlung leisten, oder auch sich mit ihm vergleichen, und er wird dadurch von seiner Verbindlichkeit befreiet. Klagt nachher der Cessionar gegen den Schuldner, so kann sich dieser mit Recht der Einrede der Zahlung oder des Transacts bedienen. Dem Cessionar bleibt dann weiter nichts übrig, als gegen den Cedenten zu klagen, und von demselben

95) S. den 12. Th. 2. Abth. §. 799. S. 278. Man sehe auch BROKES Select. Observat. for. Obs. 338.

selben die Herausgabe des Empfangenen zu verlangen. Der Grund ist, weil durch die Cession die Verbindlichkeit zwischen dem ersten Gläubiger, oder dem Cedenten, und dem Schuldner nicht aufgehoben wird, den Schuldner aber seine Unwissenheit entschuldiget [96]). So belehrt uns Papinian *L. ult. D. de transact.* Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, *qui ignorabat venditam esse hereditatem*, transegit: si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, *exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est.* Desgleichen Hermogenian *L.* 23. §. 1. *D. h. t.* Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellatur. Dahingegen kann der Schuldner dem Cedenten von dem Augenblick an nicht weiter Zahlung leisten, da ihm die geschehene Cession angezeigt worden ist [97]). Diese Anzeige kann sowohl von dem Cedenten, als dem Cessionar geschehen. Daß auch schon eine außergerichtliche Denunciation hinreiche, um den Schuldner von der Zahlung an den Cedenten abzuhalten, läßt sich nicht bezweifeln [98]). Denn die Gesetze spre-

96) S. WIESE Diss. de iuribus ex cessione tam valida quam invalida §. 7. KIND Quaestion. forens. Tom. II. Cap. 50. und Westphal vom Kauf §. 825. e) und §. 834.

97) Arg. *L. 4. Cod. Quae res pignori. Io. Ulr.* CRAMER Tr. de solutione a debitore cesso et cessionem sciente cedenti facta; (in *Opuscul.* Tom. IV. Nr. 13. pag. 366. sqq.). *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. und Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 992. a. E.

98) Klein's merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Jurist. Facultät 1. Th. Nr. XVIII. S. 147. u. Westphals Rechtsgutachten. 1. B. h. t. §. 4. S. 93.

sprechen dem Cedenten die Klage gegen den Schuldner ab, sowohl wenn diesem die Cession von dem Cessionar kund gethan worden, als wenn der Cessionar schon selbst gegen den Schuldner Klage erhoben, oder einen Theil der Zahlung von ihm erhalten hat [99]). Streitig aber ist es, ob jede andere Wissenschaft, welche der Schuldner auch ohne eine ihm geschehene förmliche Anzeige von der erfolgten Cession erhalten hat, genüge, das vorige Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem ersten Gläubiger oder dem Cedenten aufzuheben? Viele [100]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil den Schuldner die Cession nichts angehe, so lange sie ihm nicht durch eine förmliche Anzeige von Seiten der Interessenten kund gethan worden. Es gelte auch hier kein Schluß vom Transact auf eine Zahlung der Schuld, darum stehe die *L. ult. D. de transact.* nicht entgegen. Allein die meisten Rechtsgelehrten [1]), deren Meinung auch in der Praxis

99) *L. 3. Cod. de novat.* Daß dieses Gesetz von einer Cession der Klage, und nicht von einer bloßen Assignation rede, wie *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XII. cap. 6. behauptet, hat *Reinh.* BACHOV ECHT Tr. de Actionibus. Disp. IV. Th. 3. pag. 126. ausführlich gezeigt.

100) *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. 13. nr. 42—44. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. *Ant.* FABER c. lib. XII. cap. 3. *Iac.* CURTIUS Conjectur. Lib. III. c. 19. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant. Fabrum.* Libr. III. Tr. XXIII. Qu. 10. *Chr. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. An cessus, postquam sciverit factam cessionem, adhuc cedenti solvere possit? *Lipsiae 1771.* und MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. II. Sect. ult. §. 547. in fin.

1) *Ant.* FACHINAEUS Controversiar. op. Lib. III. Cap. 94. *Hug.* DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. XV. cap. 44. §. *Sed horum.* *Io.* BRUNNEMANN Comm. ad L. 3. Cod. de novat.

Praxis gilt [2]), halten es für hinreichend, wenn der Schuldner, es sey auf welche Art es wolle, wenn auch gleich ohne eine ihm von den Interessenten selbst geschehene förmliche Anzeige z. B. von einem Zeugen, welcher bey dem Cessionsact gegenwärtig war, und die Cessionsurkunde mit unterschrieben hat, gewisse Wissenschaft erhalten, daß die Cession geschehen sey. Dem Schuldner stehe nun nicht mehr frey, seinem ersten Gläubiger Zahlung zu leisten, ohne dem Cessionar verhaftet zu bleiben, welcher nun in eigenem Namen gegen ihn klagen kann. Diese Meinung läßt sich allerdings rechtfertigen. Denn nur Unwissenheit soll den Schuldner gegen die Klage des Cessionars schützen, wenn er sich nach der Cession mit seinem Gläubiger wegen der Schuld verglichen hat, sagt **Papinian** *L. ult. D. de transact.* Es ist kein Grund vorhanden, dieses Gesetz blos auf den Vergleich zu beschränken, von dem es spricht; da gleicher Grund der Billigkeit bey jeder andern Tilgungsart der Schuld eintritt [3]). Diesem ist auch die *L.* 3. *Cod. de novat.* nicht entgegen. Denn sie redet nur von den Fällen, da dem Cedenten keine Klage mehr gegen den Schuldner zustehen soll. Hieraus folgt aber nicht, daß nicht der Cessionar gegen

novat. nr. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47—50. *Ge.* BEYER Delineat. Iuris civ. sec. Pand. h. t. Posit. 96—100. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 15. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. forens. Tom. II. cap. 50.

2) S. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. Not. 6. und BEYER cit. loc. Posit 96. et not. 9. pag. 343.

3) S. *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 19. §. *Equidem*, et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. o. Tom. II, pag. 406.

gegen den Schuldner klagen könne, wenn dieser, wohl wissend, daß sein Gläubiger die Schuld einem Andern abgetreten habe, dem erstern dennoch Zahlung geleistet hat. Hierzu kommt noch, daß die Gesetze überhaupt in solchen Fällen keine Anzeige für nöthig halten, wo derjenige, dem sie geschehen sollte, das schon ohnedem weiß, was er wissen soll [4]). Dem Schuldner wird also die replicatio doli mit Recht entgegengesetzt werden können, wenn er sich gegen den Cessionar mit der Einrede der Zahlung schützen wollte.

Aus allem ergiebt sich indessen soviel, daß es immer für den Cessionar sehr rathsam sey, wenn derselbe den Schuldner von der erfolgten Cession ungesäumt in Kenntniß setzt. Zahlt nun der Schuldner dem ersten Gläubiger dennoch, so wird er von seiner Verbindlichkeit gegen den Cessionar nicht frey [5]). Noch nützlicher für den Cessionar ist jedoch die Zuziehung des Schuldners selbst bey der Cession. Denn unterschreibt er den Cessionsschein mit, so wird dadurch a) die Liquidität der Schuld besser, als auf irgend eine andere Art, ausser Zweifel gesetzt, und da hierdurch b) zugleich die legitimatio ad causam berichtiget wird, so kann sogar aus dem Cessionsschein executivisch geklagt werden [6]). Der Schuldner erkennt überdem c) die Schuld hierdurch für richtig, und kann hernach keine von der

4) *L. 1. §. ult. D. de act. emti et vend. Cap. 31. de Reg. iuris in 6to* BONIFACII *VIII.*

5) STRYK de cautelis contract. Lib. IV. cap. 2. §. 8.

6) S. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 2. Th. 4. Hptabth. 6. Hptst. §. 69. S. 214.

der Person des Cedenten hergenommenen Einreden der Forderung entgegensetzen [7]).

§. 1021.

Wer kann cediren? Wem kann cedirt werden, oder nicht?

Die Cession ist eine Art der Veräusserung, daher kann Jeder cediren, welcher die freye Disposition über sein Vermögen und insonderheit über das zu cedirende Recht hat [8]). Personen, welche unter der Vormundschaft der Curatel stehen, können daher ohne Zustimmung ihrer Vormünder und Curatoren nicht gültig cediren [9]). Eben so kann jedem cedirt werden, der Rechte zu erwerben fähig ist [10]). Insofern jedoch die Cession durch einen lästigen Titel geschiehet, muß auch der Cessionar eine Person seyn, welche sich verbindlich machen kann. Ist also der Cessionar ein Minderjähriger, oder ein gerichtlich erklärter Verschwender, so kann ihm ohne Beytritt des Vormundes oder Curators ex causa onerosa nicht gültig cedirt werden, es müßte denn der Vormund dabey einen Vortheil für seinen Mündel oder Pflegbefohlenen finden, weshalb er auf der Aufrechterhaltung der Cession bestehen kann [11]).

Da

7) S. WERNHER Sel. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 182. und Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse. 1. Th. h. t. §. 4. S. 93.

8) S. LENZ Tr. de nominib. et act. cessis. Cap. 6.

9) LENZ cit. Tr. Cap. 6. Membr. 1. sqq.

10) LENZ Cap. 8. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 979. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 648.

11) S. LENZ cit. Tr. Cap. VIII. membr. 1. nr. 6. membr. 2. nr. 15. membr. 3. nr. 1.

Da jedoch durch die Cession die Lage des Schuldners nicht verschlimmert werden darf, so verbieten die Gesetze I.) die Cession an einen Mächtigern[12]), d. i. an eine solche Person, welche auf irgend eine Art den Schuldner an Macht und Ansehen bedeutend übertrift. Der Grund dieses gesetzlichen Verbots ist, damit nicht dem Schuldner durch einen solchen mächtigen Gläubiger, von dem er mehr, als von dem Cedenten, zu besorgen hat, die ihm zustehende Rechtsvertheidigung der cedirten Forderung wegen erschwert werden möge[14]). Die Folge einer solchen Cession ist Verlust des cedirten Rechts. Jedoch wird diese Strafe nicht von richterlichen Amts wegen, auch nicht zum Vortheil des Fiskus, sondern blos des Schuldners erkannt, wenn dieser darauf anträgt[15]). Die Verordnung der Kaiser Arcadius, Honorius und Theodosius lautet folgendermassen:

L. 2. *Cod. Ne liceat potentioribus.* Si cuiuscunque modi actiones ad potentiorum fuerint delatae personas, *debiti creditores iactura multentur.* Aperta enim

12) *L.* 2. *et* 3. *Cod. Ne fiscus vel respubl. procurat. L.* 1. *et* 2. *Cod. Ne liceat potentiorib.*

13) STRYK Diss. de potentiore cessionario. *Halae* 1693. *Ge.* FRANTZKIUS Variar resolution. Lib. I. Qu. 10. nr. 15. sqq. WERNHER Sel. Observat. fot. Tom. I. P. I. Obs. 283. et P. III. Obs. 209. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand h. t. §. 21.

14) STRYK cit. Diss. Cap. III. §. 15. MEVIUS P. II. Decis. 175. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Resp. 9. nr. 5.

15) FRANTZKIUS Var. Resolut. c. l. nr. 60. HILLIGER in Donello enucleat. Tom. II. Lib. XVIII. cap. 11. lit. M. pag. 360. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 81.

enim credentium videtur esse verocitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores.

Man schränkt jedoch diese Verordnung nur auf den Fall ein, da die Cession arglistig und aus Chikane geschehen ist, welches in dem Falle vermuthet wird, da der cedirende Gläubiger wohl gewußt hat, daß die Forderung nicht ohne Streit beygetrieben werden könne [16]. Man behauptet daher in der Praxis durchgehends, daß bey ganz unstreitigen Forderungen, gegen welche der Schuldner nichts zu erinnern hat, und bey denen es ihm also gleichgültig seyn kann, an wen sie bezahlt werden sollen, der Grund des Gesetzes wegfalle [17], und überhaupt jenes Verbot in allen den Fällen keine Anwendung finde, wo dem Cedenten keine Gefährde zur Last fällt [18]. Die Gesetze verbieten ferner II. eine Forderung gegen einen Minderjährigen an dessen Vormund zu cediren. Eben dieses gilt auch von jedem andern Curator, an dessen Pflegbefohlnen man eine Forderung hat, z. B. von Curatoren der Wahnsinnigen, oder gerichtlich erklärter Verschwender. Eine solche Cession ist nicht nur nichtig, sondern sie hat auch die Strafe des Verlusts der cedirten Forderung, und

16) RICHTER Decis. XXXVI. nr. 6. et 8. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 5. not. 2. *Fratr.* BECMANNORUM Cons. et Decis. c. l. nr. 5.

17) STRYK cit. Diss. Cap. IV. §. 23. MEVIUS Part. III. Decis. 51. BECMANNOR. Consil. c. l.

18) FRANTZKIUS Variar. Resolut. Lib. I. Qu. 10. nr. 53. *Henr.* BROKES select. Observat. forens. Obs. 313. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CC. medit. 1. et 2. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

und, zwar ebenfalls blos zum Vortheil des Schuldners, zur Folge. Hieher gehört die Verordnung des Kaisers Justinian in der *Nov. LXXII. cap.* 5. wo es heißt:

Si vero quis curator factus, res minoris perscrutatus fuerit, atque effecerit, ut cessiones sibi ipsi vel per donationem, vel per venditionem, vel alio quocunque modo fierent, sciat, omnino irritum esse, quod ab eo geritur, nec per se, nec per interpositam personam tale quid faciat, sed illa plane invalida sint, perinde ac si plane non essent facta. Manifestum enim est, si in talem cogitationem veniat, cum omnia ad interitum animae suae, et rerum; quae illius esse apparent, utilitatem [19]) facturum, et administraturum esse.

§. 1. Neque solum quamdiu curator fuerit, sed et postea illum ab eiusmodi cessione arcemus: ne forte hoc in animo habens, rem abscondat, et ubi eam male praeordinavit, deinde quando curator esse desiit, et quod dolo machinatum est, latet, tum forte cum non amplius est tutor, cessionem accipiat, et in re dolose versetur. Nam tunc irritum esse volumus, quod factum est, et ut nullam actionem contra eum, qui antea in cura fuit, cessam obtinere possit: *sed pro non facto habeatur, et lucrum sit minoris*, licet

19) HOMBERGK ZU VACH in Novellis Constit. Iustiniani ex Graeco in Latinum conversis pag. 537. will statt ὠφέλειαν i. e. *utilitatem* lieber ἀπώλειαν i. e. *perniciem* lesen, welcher Ausdruck auch *Cap. 1. Nov. LXXII.* gebraucht wird. Allein der Sinn, den die gemeine Leseart giebt, ist vollkommen richtig, und daher keine Aenderung nöthig.

licet cessio ex veris causis facta sit: *non ut rursus ad cedentem redeat*, (quasi nihil interim contra legem factum esse videatur) *sed ut iis excidat, quae legem nostram violando exinde acquisivit, atque illa minor lucretur.* — — Atque haec dicimus *de omni curatore, in quibuscunque etiam leges curam inducunt, sive in prodigis forte, sive furiosis, sive mente captis*, vel si quid aliud lex iam dixit, vel natura quid inopinati inveniet.

Zu Folge der letztern Clausel dieses Gesetzes halten viele [20]) auch die Cession einer fiskalischen Forderung an den Verwalter des Fiskus für ungültig und verboten. Nach dieser Meinung ist auch in der Praxis gesprochen worden [21]). Allein in der Theorie ist diese Ausdehnung nicht wohl zu rechtfertigen [22]). Endlich verbieten auch die Gesetze III. daß kein Jude eine Schuldforderung an einen Christen einem andern Christen abtrete. Das Römische Recht kennt zwar ein solches Verbot nicht, sondern verstattet den Verkehr zwischen Juden und Christen ohne Einschränkung [23]). Allein die deutschen Reichsgesetze [24]) verord-

20) *Alph. de* OLEA de cessione iur. et action. Lib. II. Quaest. 6. nr. 8. 12. et 15. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. *Aug. a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VIII. Specim. DLXXI. medit. 35. *Io. Balth.* L. B. a WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. II. Obs. 377.

21) HORN Consil. Class. XI. Resp. 63. LEYSER c. l. und WERNHER c. l.

22) S. *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. Tom. II. Cap. 51.

23) *L. 8. et 9. Cod. de Iudaeis.* STRYK Us. mod. Pand h. t. §. 12.

24) Absch. des Reichstags zu Augsburg v. J. 1551. §. 79. und Reichspolicey-Ordnung v. Jahr 1577.

verordnen zur Abstellung aller jüdischen Prellereyen und Vervortheilungen gegen bedrängte Schuldner,

> daß kein Christ hinfort einem Juden seine Action und Forderung gegen einen andern Christen abkaufen, noch auch der Jude seine Schuld und Anforderung in einigen Weg einem Christen cediren, oder durch andern Contract zustellen solle, bey Verlust derselben Forderung.

Es ist kein Unterschied, die Cession sey unentgeltlich oder gegen eine Vergeltung geschehen, die Schuldforderung sey verzinslich oder unverzinslich [25]). Die Cession ist in jedem Falle nichtig, und zieht auch den Verlust der cedirten Forderung nach sich. Zwar ist hier nicht bestimmt, wem die verwirkte Forderung zu Theil werden soll. Daher sind die Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber verschieden. Unstreitig verdient jedoch die Meinung derjenigen [26]) den Vorzug, welche für den Schuldner entscheiden. Non puto enim, sagt **Modestin** *L.* 10. *D. de iure fisci*, delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus

Tit. 20. §. 4. S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercit. de cessione nominis cum Iudaeo instituta. (in EIUS *Select. Iurisprud. civilis* P. I. Exercit XIV.) und *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Diss. de cessione nominis a Iudaeo in Christianum facta rata vel irrita. *Francof. ad Oder.* 1738.

25) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 13. und BECK Tr. de iurib. Iudaeor. Cap. XII. §. 22.

26) BECK c. l. §. 23. S. 273. von Cramer Wetzlar. Nebenstunden. Th. XIII. S. 74. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 643. S. 265.

bus *contra fiscum* facile responderit. Viele [27]) wollen jedoch behaupten, das Gesetz finde heut zu Tage keine Anwendung mehr. Andere [28]) glauben, es finde wenigstens bey gerichtlichen Cessionen nicht Statt. Noch andere [29]) meinen, es sey auf Schutzjuden nicht zu erstrecken, weil der Schutzbrief sie berechtige, Handel und Wechselgeschäfte, gleich den christlichen Unterthanen des Landes, zu treiben. Ja viele [30]) nehmen überhaupt Wechselforderungen von dem Verbote dieses Gesetzes aus. Allein das Gesetz leidet in der Allgemeinheit, mit welcher die Worte desselben gefaßt sind, keine dieser Einschränkungen. Es ist auch kein Grund vorhanden, warum das Gesetz in den Ländern, wo es nicht, wie z. B. in Sachsen, ist aufgehoben worden, nicht gelten sollte, da der Grund desselben noch jetzt der nämliche ist [31]). Die in den Schrif-

 ten

27) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 5. Not. 2. von Cramer Nebenstunden Th. 3. Abh. IV. §. 6. Danz angef. Handbuch 7. Band §. 643. Nr. III. S. 264. f. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observation. practicar. ad *Leyserum.* Tom. II. Fasc. II. Obs. 418.

28) CARPZOV Responsa iur. Lib. V. Resp. 38. nr. 18. sqq. RICHTER Decis. P. I. Decis. 36. nr. 12. sqq. STRYK Cautel. contract. Sect. IV. cap. 2. §. 17. u. WILLENBERG cit. Exercit. §. 8. sqq.

29) PUFFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 150. Runde Grundsätze des allgem. deutschen Privatrechts §. 643.

30) HOECKNER Diss. de litterarum cambialium indossamento Cap. III. §. 4. FRANCK Institutiones iuris cambialis. Lib. I. Sect. I. Tit. 9. §. 3. *Christ. Gottl.* RICCIUS Exercitation. in universum ius cambiale. Exercit. V. Sect. VI. §. 29.

31) LAUTERBACH Colleg th. pr. Pand. h. t. §. 22. et 23. GRASS Collat. iuris civ. Rom. cum recessib. Imp. Sect. VIII. §. 3. pag.

ten der practischen Rechtsgelehrten [32]) vorkommenden Erkenntniße beweisen auch, daß häufig darnach gesprochen, und die Cession, wodurch ein Jude seine an einen Christen habende Forderung einem andern Christen cedirt hat, für ungültig erklärt worden ist, ohne Unterschied, der cedirende Jude sey ein Schutzjude, oder nicht, die Cession sey gerichtlich bestätiget worden, oder nicht. Die Vorschrift des Gesetzes findet jedoch in folgenden Fällen nicht Statt. 1) Wenn ein Jude die ihm gegen einen andern Juden zustehende Forderung einem Christen; 2) wenn ein Christ seine an einen andern Christen habende Forderung einem Juden; 3) wenn ein Christ seine an einen Juden habende Forderung einem Christen; und 4) wenn ein Christ das, was ihm ein Jude schuldig ist, einem andern Juden cedirt [33]).

End-

pag. 398. sqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIX. Cor. 2. BECK Tr. de iurib. Iudaeor. Cap. XII. §. 23. S. 272. ff. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band Medit. 161. Gerstlachers Handbuch der deutschen Reichsgesetze. Th. 10. S. 1912. Gmelin von Aufsätzen über Verträge rc. §. 132. S. 289. ff.

32) HARPPRECHT Consil. Tübing. Cons. 60. nr. 282. sqq. Consil. Facult. Tubing. Vol. V. Cons. 59. nr. 31. sqq. Vol. VIII. Cons. 48. nr. 40. WERNHER sel. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 99. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision P. I. Decis. 31. nr. 7. pag. 364. sqq. Pütter auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. CCCII. nr. 26. S. 759. ff. von Selchow Rechtsfälle. 2. Band Nr. XXVI. S. 7. ff.

33) *Mich.* GRASS Collation. iuris civ. Rom. cum Recessib. Imperii Rom. Germ. Sect. VIII. §. 3. pag. 393. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 5. Not. 2. BECK de iurib. Iudaeor Cap. XII. §. 24. p. 275. Gerstlachers Handbuch der deut-

schen

Endlich ist noch zu bemerken, daß nach dem Römischen Recht Niemand einer Person, die noch unter väterlicher Gewalt stehet, eine an desselben Vater habende Forderung gültig abtreten kann. Der Grund hievon ist die aus der väterlichen Gewalt entstehende Einheit der Person. Daher sagt Pomponius *L. 7. D. de obligat. et actionib.* Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate eius est filius [34]).

§. 1022.

Welche Klage stehet dem Cessionar gegen den Schuldner zu?

Wenn der Cessionar die ihm überlassene Forderung gegen den Schuldner klagbar macht, so stellt er dieselbe Klage gegen den debitorem cessum an, die dem Cedenten gegen ihn zustand, denn der Cessionar tritt an dessen Stelle. Nach der Natur der Obligatio im Sinn des Römischen Rechts kann jedoch die Klage von der Person des Gläubigers nicht getrennt werden. Der Cessionar konnte daher auch Anfangs die Klage durchaus nicht in eignem Namen anstellen, sondern er mußte dazu ein Mandat von dem Cedenten erhalten haben, und auf solche Art in dessen Namen, als procurator in rem suam, klagen [35]). Allein da dem Eigenthümer solange noch immer freystand, das Mandat zurückzunehmen, als noch keine Litiscontestation

schen R. Ge'etze Th. X. S. 1913. u. MALBLANC Princip. Iur. Rom. T. III. §. 549.

34) S. *Ian.* a COSTA Praelection. illustrior. quosdam Titulos locaque selecta iuris civilis. pag. 111.

35) MÜHLENBRUCH Comment. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. l. 2. pag. 9. sqq. Westphal vom Kaufe §. 828.

tion erfolgt war, ja wenn derselbe ohne Erben starb, das Mandat ipso iure erlosch, so geschahe es hierdurch häufig, daß die Wirkung des Cessionsgeschäfts vereitelt wurde. Daher erlaubte der Kaiser Pius zuerst dem Käufer einer Erbschaft, auch ohne Cession, gegen die Schuldner derselben in eigenem Namen zu klagen [36]. Dieses neuere Recht hat man nachher durch mehrere Rescripte der Kaiser auf mehrere ähnliche Fälle ausgedehnt, und insonderheit nach dem Beyspiel desjenigen, dem ein Nomen verpfändet worden, zuletzt auch auf den erstreckt, welchem eine Schuldforderung verkauft worden ist [37]. Nach dem neuern Recht hat es daher keinen Zweifel, daß der Cessionar nun eben sowohl, auch ohne Cession, mit der actio utilis in eignem Namen, als mit der actio mandata im Namen des Cedenten klagen könne [38]. Da indessen auch selbst nach dem neuern Römischen Recht der Grundsatz gilt, daß die actio directa nicht auf den Cessionar übergehe, sondern bey dem Cedenten verbleibe; so hat der cedirende Gläubiger noch immer das Recht den Schuldner zu belangen, so lange von dem Cessionar noch nicht gegen den Schuldner geklagt und Einlassung im Proceß erfolgt, oder eine Abschlagszahlung an den Cessionar, oder auch eine Anzeige von der Cession an den Schuldner geschehen ist.

L. 3. *Cod. Mandati.* Si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem adversus debitores suos mandavit: potuit

36) *L. 16. pr. D. de pactis.*

37) *L. 7. Cod. h. t.* S. **Gesterding** Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. **Greifswald** 1812. 8. §. 5.

38) *L. 8. Cod. h. t.*

potuit et ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

L. 3. Cod. de novat. et delegat. Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

Es muß jedoch, wie schon oben bemerkt worden, der Cedent dasjenige, was er von dem Schuldner empfangen hat, dem Cessionar herausgeben [39]); so wie auch dieser, bey der Concurrenz mit jenem, nun mit Recht den Vorzug verlangen kann, seitdem ihm, ohne einer Vollmacht von dem Cedenten weiter benöthiget zu seyn, die actio utilis in eignem Namen zu erheben gestattet ist [40]).

Mehrere heutige Rechtsgelehrten [41]) behaupten jedoch, daß das Römische Recht in diesem Punct nicht bey uns recipirt sey. Denn nach dem deutschen Gerichtsgebrauche gehe durch die Cession das Recht der Forderung selbst auf den

39) *L. 23. §. 1. D. h. t.*

40) *L. 55. D. de procurat.* S. *Io. Christoph.* PISTOR Diss. de concursu cedentis et cessionarii secundum diversa iuris Rom. principia et usum hodiernum forensem. *Giessae* 1750.

41) *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. 30. §. 64. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. PISTOR cit. Diss. Sect. II. §. 7. sqq. u. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 992. S. 1032. u. a.

den Cessionar über, dieser werde daher nicht blos procurator in rem suam, sondern völliger Eigenthümer des ihm abgetretenen Rechts, ohne daß dem Cedenten weiter ein Klagerecht vorbehalten bleibe, wenn gleich der Cessionar noch nicht klagbar geworden, auch noch keine Anzeige von der Cession an den Schuldner geschehen sey. Schon durch das bloße Factum des Cedenten werde der Schuldner von dem alten Gläubiger frey. Zahle ihm dennoch der Schuldner, so habe der Cedent eine Nichtschuld empfangen, obwohl der Schuldner durch diese Zahlung seiner Verbindlichkeit entlediget werde, wenn er sich deswegen in einer verzeihlichen Unwissenheit befunden habe. Allein es ist theils schon oben (§. 1017.), theils auch von andern [42]) dargethan worden, daß die vorgetragenen Grundsätze des Römischen Rechts nicht bloße Subtilitäten, sondern Folgen aus der Natur der Sache sind, deren heutige Gültigkeit sich nicht mit Grund bezweifeln läßt.

Es mag übrigens der Cessionar gegen den Schuldner actione directa oder utili klagen, so muß er sich gehörig zur Sache legitimiren [43]). Dieß geschieht gewöhnlich und vorzüglich durch die Cessionsurkunde. Das Cessionsgeschäft

42) S. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 27. §. 2. et §. 3. et ad Pand. Lib XVII. Tit. 1. §. 10. BACHOV Tr. de Actionib. Diss. IV. Th. 3. *Henr.* COCCEJI Diss. de cessione eor. quae ad hered. non transf. Cap. I. §. 1. HAUBOLD Diss. de legato nominis §. 8. Weber zu Höpfners Commentar a. a. O. Not. 4. und besonders MÜHLENBRUCH cit. Commentat. I. 2. pag. 9. sqq.

43) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit. 1. und *Io. Tob.* CARRACH Diss. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam. §. 9.

schäft ist nämlich entweder gerichtlich oder aussergerichtlich verhandelt worden. In dem ersten Falle wird ein förmliches Protokoll darüber abgefaßt, und solches dem Cessionar zu seiner Legitimation in beglaubter Abschrift mitgetheilt [44]). Dieß legt alsdann der Cessionar der Klage bey. Geschieht aber die Cession aussergerichtlich, so pflegt der Cedent entweder dem Cessionar zu seiner Legitimation einen eigenen Cessionsschein auszustellen, welcher dann eine genaue Angabe der Schuld, welche abgetreten worden, nebst dem Titel der Uebertragung enthalten muß [45]); oder es wird auch die Cession gleich unter die dem Cessionar übergebene Schuldverschreibung oder Obligation gesetzt. Ob zu dem Beweis einer Cession auch schon der bloße Besitz des Schuldocuments zureiche? ist eine Frage, worüber die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt sind. Einige [46]) verneinen sie schlechterdings, wenn auch

44) G. H. Canzler von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 2. Theil 4. Hptabth. 6. Hptst. §. 73. f.

45) L. 31. *D. de acquir. rer. dom.* L. 55. *D. de obligat. et act.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCI. medit 4. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 281.

46) LEYSER c. l. medit. 2. MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 126. et P. VIII. Decis. 236. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 247. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 5. Not. 12. *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de legitimatione ad causam. *Halae* 1712. §. 17. *Io. Ulr. de* CRAMER Observat. iur. univ. T. II. P. I. Obs. 444. von Trützschler Anweisung a. a. O. §. 72. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. § 75. a. E. u. Gensler im Handbuch

auch das Schulddocument auf jeden getreuen Briefs-Inhaber lauten sollte. Denn der Besitz, sagt man, wirkt nur dann eine rechtliche Vermuthung für den Besitzer, welche ihn alles weitern Beweises enthebt, wenn er von einem Dritten in Anspruch genommen wird; nicht aber, wenn er selbst auf das Factum seines Besitzes eine Klage gründen will, besonders wenn es nicht auf den bloßen Besitzstand, sondern auf das Recht selbst ankommt. Dieses ius possessionis müsse auch selbst der Besitzer beweisen, wenn es von dem Beklagten geläugnet wird. Selbst die Clausel: allen getreuen Inhabern streite für diese Meinung. Denn das Wort getreuen zeige deutlich auf die Bedingung eines rechtlichen Erwerbs hin, welcher also von dem Inhaber der Urkunde nachzuweisen sey. Allein richtiger unterscheiden andere [47]), ob in dem Schulddocument ein gewisser Gläubiger benannt ist, oder nicht, sondern die Obligation überhaupt auf jeden Vorzeiger, oder jeden getreuen Briefs-Inhaber lautet. Im ersten Falle hat es seine unbezweifelte Richtigkeit, daß der bloße Besitz des Schuldscheins zur Legitimation des Cessionars nicht hinreiche, enthielte er auch die Clausel: daß der Schuldner sich verbindlich mache, das empfangene Darlehn seinem Gläubiger, dem H. Mevius, und jedem treuen Inhaber dieses Briefs

zu Martins Lehrbuch des gem. bürgerl. Processes. I. Th. (Jena 1814.) Nr. V. §. m. Not. 100. S. 161.

47) *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. forens. Tom. III. Cap. 40. *Car. Christph.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. cura *Gmelin* Tom. III. §. 1956. *Io. Iac.* KEES Diss. iuris iudiciar. Quatenus sola chirographi possessione actor ad causam legitimetur? praes. *Iac. Frider.* KEESIO def. *Lipsiae* 1808. 4.

Briefs dereinst wieder zu bezahlen. Denn ohne den Willen des ersten Gläubigers konnte kein Dritter desselben Recht erwerben. Aus dem bloßen Besitz folgt aber nothwendig keine Cession, und auch die bloße Uebergabe, ohne eine iusta causa praecedens, überträgt kein Eigenthum[48]). Es ist ja der bloße Besitz einer Urkunde nicht einmal zur Legitimation eines Sachwalters im Proceß hinreichend[49]); wie viel weniger zum Beweis einer Cession? Wird endlich vollends executivisch geklagt, wie kann ein solcher Proceß blos auf Präsumtionen gegründet werden? Ganz anders aber verhält sich's, wenn der Schuldbrief die Person des Gläubigers gar nicht ausdrückt, sondern auf jeden Inhaber (au Porteur) lautet. Bey solchen Obligationen kommt die Person des Gläubigers, eben deswegen, weil er darin nicht benannt ist, gar nicht in Betrachtung. Schon der Inhaber gilt hier für den Gläubiger, ohne daß es bey dem Verkehr derselben einer sonst gewöhnlichen Cession bedarf. Eben darin zeigt sich die ganz eigenthümliche Natur solcher au Porteur gestellter Schuldbriefe, daß der Schuldner, ohngeachtet er bey allen andern Verbindlichkeiten nur dem wahren Gläubiger gültig Zahlung leisten kann, bey solchen Obligationen allemal den Präsentanten bezahlt, ohne weder berechtiget noch schuldig zu seyn, nach dem wahren Eigenthümer zu fragen; und daß der Schuldner durch eine solche an den Präsentanten geleistete Zahlung von seiner Verbindlichkeit frey wird; wenn auch jener nicht der wahre Eigenthümer gewesen wäre.

48) *L. 31. pr. D. de acquir. rer. dom.*

49) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 388. S. 238.

wäre [50]). Eine andere legitimatio ad causam, als welche durch den Besitz und die Präsentation des Schulddocuments geschieht, kann bey solchen Obligationen gar nicht vorkommen. Denn der Schuldner hat jeden Inhaber derselben für seinen Gläubiger anzuerkennen erklärt, und demselben durch dieses unbedingte Zahlungsversprechen jede weitere Beybringung einer Legitimation stillschweigend erlassen. Wollte man einwenden, der Schuldner habe nur allen getreuen Inhabern Zahlung zu leisten versprochen, der Inhaber müsse also erst den rechtlichen Erwerb darthun, so würde ihm mit Recht die Replic, tua nil interest, entgegengesetzt werden können. Denn er wird ja durch die an den Präsentanten geleistete Zahlung von seiner Verbindlichkeit frey, wenn sich auch in der Folge ergeben sollte, daß der Vorzeiger, dem die Zahlung bona fide geleistet wurde, kein rechtmäßiger Inhaber gewesen sey.

Daß auch Zeugen zum Beweis der bey der Cession erforderlichen Legitimation zur Sache dienen können, sofern sie nicht durch die Natur der gewählten Proceßart ausgeschlossen werden, läßt sich nicht bezweifeln [51]). Ob aber auch der Eidesantrag als Beweismittel hier zuläßig sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige [52]) wollen den Gebrauch des Eides hier darum

50) S. Gönner's Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des jurist. Studiums. 1. Band Nr. XXVII. S. 474. ff.

51) S. Gensler's Handbuch zu Martins Lehrbuch des gem. bürg. Proceßes 1. Th. Nr. V. §. m.

52) *Io. Balth.* L. B. *a.* WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 54. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 12.

um ausschließen, weil er das Recht eines Dritten betreffe, und der Schuldner, wenn er den Eid zurückschieben müßte, und der angebliche Cessionar ihn abschwüre, hierdurch gegen den Anspruch des wahren Gläubigers nicht gesichert seyn würde. Allein die Nichtigkeit dieser Gründe ist schon von andern [53]) so erschöpfend dargestellt worden, daß wohl jetzt Niemand leicht jener Meinung mehr Beyfall geben dürfte. Weder die Gesetze noch deren Analogie schließen den Eidesantrag über die Legitimation zur Sache aus. Die Eidesdelation darf zwar freylich nicht bezwecken, über das Recht eines Dritten sich zu vergleichen, und diesem dadurch Eintrag zu thun; daß aber solche Rechtsverhältnisse, in Hinsicht auf welche ein Dritter interessirt seyn, und in der Folge klagbar werden kann, unter den jetzt streitenden Theilen durch den deferirten Eid entschieden werden können, sagen die Gesetze klar [54]). Auch die Gefahr einer doppelten Leistung ist juristisch nicht vorhanden. Denn es ist entweder von einer solchen Klage die Rede, die nur gegen den Besitzer Statt findet, oder von einer persönlichen Schuldklage. In dem ersten Falle ist der Beklagte gegen den Anspruch eines jeden Dritten dadurch hinläng-

12. et 155. Claproth Einleitung in den ord. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 321. Nr. XIX.

53) BERGER Supplem. ad Electa disceptat. for. P. I. Tit. XVIII. Obs. 7. LUDOVICI Diss. de legitimat. ad causam. §. 36. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 24. KEES cit. Diss. §. 3. von Berg Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 4. Th. Nr. III. S. 90. ff. und besonders Gensler im angef. Handbuche 1. Th. Nr. V. §. m. S. 163. ff.

54) *L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. L. 13. §. 1. D. de iureiur.*

länglich gedeckt, daß er nicht durch seine Schuld, sondern iussu iudicis, und also bona fide, den Besitz aufgegeben hat [55]). In dem letztern Falle konnte ja der Beklagte durch Annehmung des Eides den Angriff des angeblichen Cessionars vereiteln; hat er nun aber den Eid zurückgegeben, so muß er seinen freywilligen Entschluß, und dessen Folgen, als ein sich selbst dargebrachtes Opfer betrachten. Ueberhaupt aber wird sich der Beklagte leicht vor Schaden hüten können, wenn er, wie ihm, um seines eigenen Vortheils willen, zu thun obliegt, vor seiner Erklärung auf die ihm geschehene Eidesdelation die gehörige Erkundigung einzieht. Ungerecht aber würde es seyn, dem Kläger dieses Beweismittel zu entziehen, wenn er ausserdem sich ausser Stande befinden würde, die Legitimation zur Sache durch andere Beweismittel beyzubringen, zumal wenn der Beklagte selbst bey der Cession gegenwärtig gewesen wäre, oder sonst zuverläßige Nachricht davon erhalten hätte [56]).

Zuweilen kann auch der Erfüllungseid den Mangel des Beweises ergänzen, welcher besonders in dem Falle erkannt werden kann, wenn der Kläger das Schulddocument besitzt. Denn wenn gleich der bloße Besitz des Schuldbriefs, wofern er nicht au Porteur gestellt ist, zur Legitimation nicht hinreicht, so geht doch wenigstens aus dem Besitz eine solche Vermuthung hervor, welche, durch den Erfüllungseid bestärkt, einen vollkommenen Beweis wirken

55) *L. 167. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 7. §. 4. D. de iuris dict. L. 27. §. 1. D. de rei vindicat. L. ult. D. Si usufr. petat.*

56) Siebers gericht. Proceß §. 393.

ken kann [57]). Uebrigens kann die Legitimation des Cessionars in jedem Theile des Processes, ja auch noch nach dem Ablaufe der Beweisfrist, selbst in der Appellationsinstanz geschehen und gefordert werden [58]).

§. 1023.

Was muß der Cedent bey der Cession einer Schuldforderung gewähren?

Die Klarheit der Gesetze läßt keinen Zweifel übrig, daß der Verkäufer einer Schuldforderung in der Regel nur allein für ihre Richtigkeit, nicht aber auch zugleich für ihre Güte stehen dürfe [59]).

L. 4. D. h. t. Si nomen sit distractum, CELSUS *libro IX. Digestorum* scribit, *locupletem esse debitorem*, non debere praestare: *debitorem autem esse*, praestare, nisi aliud convenit.

L. 5. D. eodem. Et quidem *sine exceptione quoque*, nisi in contrarium actum sit: sed si *certae summae* debitor

57) MEVIUS P. I. Decis. 160. not. 3. und PISTOR cit. Diss. de concursu cedent. et cessionar. Sect. II. §. 13. Anderer Meinung ist *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 29. Definit. 13.

58) CARPZOV P. I. Const. XVII. Def. 33. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. und KIND Quaestion. for. Tom. I. Cap. 83.

59) S. *I. T.* WORDENHOFF Disp. qua doctrina de cedente, ad cessi nominis bonitatem praestandam non obligato, sub examen revocatur. *Trajecti ad Rhen.* 1751. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. jurid. Belgicar.* Vol. I. T. I. Nr. V. p. 311. sqq.)

bitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si *incertae*, et nihil debeat, quanti intersit emtoris.

L. 74. §. 3. *D. de eviction.* Qui nomen, *quale fuit*, vendidit, duntaxat *ut sit*, non *ut exigi etiam aliquid possit*, et dolum praestare cogitur.

Um alle Mißdeutung zu verhüten, welcher diese Gesetze, ihrer Deutlichkeit ungeachtet, dennoch nicht entgangen sind [60]), ist vor allen Dingen näher zu bestimmen, was man unter der Richtigkeit und Wahrheit einer abgetretenen Forderung versteht, welche nach Vorschrift dieser Gesetze der Cedent nur allein zu verantworten haben soll? Hierzu ist nun nicht genug, daß eine Schuld wirklich vorhanden sey; sie muß auch a) keinem fremden gegründetern Anspruche unterworffen, b) in ihrem ganzen Umfange, also in Ansehung der Quantität, des Alters, der Pfänder und Bürgen gegründet, und so beschaffen seyn, wie sie abgetreten worden ist, und c) dem Schuldner dagegen keine peremtorische Einrede zustehen. Dieß sind die Puncte, welche das praestare, debitorem esse, wie Ulpian in der ersten Gesetzstelle sich ausdrückt, oder, wie Hermogenian

60) Man lese z. B. die den Sinn der angeführten Gesetzstellen völlig entstellende Interpretation bey *Ern. Rud.* BRENNEYSEN in Diss. de praestatione evictionis in cessione nominis. *Halae* 1696. und *Herm.* ZOLL in Diss. ad L. 4. D. de hered. vel act. vendit. *Rintel* 1707. welche den irrigen Satz zu vertheidigen gesucht haben, daß der Cedent auch für die Güte der Schuld zu haften verbunden sey. WORDENHOFF in Diss. cit. Cap. II. pag. 243. sqq. hat sie beyde gründlich abgefertiget. Dennoch ist ihnen WALCH in Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. IV. Subs. I. §. 6. beygetreten.

genian in der letztern Stelle sagt, praestare nomen, ut sit, unter sich begreift. Denn ist ad a) eine fremde Schuldforderung verkauft worden, welche dem Cedenten nicht gehörte, und der Cessionar mußte den gegründetern Ansprüchen eines Dritten weichen; so treten hier die Grundsätze von der eigentlichen Evictionsleistung ein, und der Verkäufer muß dem Käufer, wie beym Verkaufe einer dem Verkäufer nicht gehörigen Erbschaft, die aestimationem nominis, oder das Interesse prästiren [61]). Ad b) versteht sich's, daß der Verkäufer diejenigen Eigenschaften der Forderung gewähren müsse, welche er angegeben hat. Venditor enim actionis, sagt Hermogenian *L. 23. pr. D. h. t.* omne ius, *quod ex ea causa ei competit*, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores huius debiti cedere debet; sagt Paulus setzt noch *L. 6. D. eodem* hinzu: Emtori nominis etiam *pignoris persecutio* praestari debet. Ad c) aber ist eine Klage, welcher eine peremtorische Einrede entgegensteht, so gut, als gar keine [62]). Denn nach dem Ausspruch des Marcellus [63]) ist der für keinen debitor mehr zu halten, welcher sich mit einer exceptio perpetua schützen kann. War vollends gleich Anfangs die abgetretene Schuld in der daben

61) *L. 8. D. h. t. L. 70. D. de eviction.* S. *Ios.* FINESTRES Hermogenian ad L. 74. §. 3. de evict. §. 1. pag. 501. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 41.

62) *L. 112. D. de div. reg. iur.*

63) *L. 66. D. de div. reg. iur. L. 55. D. de Verb. Significat. L. 42. §. 1. D. de Obligat. et Action.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39. und WERNHER Lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 8.

bey zum Grunde gelegten Eigenschaft gar nicht vorhanden, so fällt das Geschäft als gleich von Anfang null und nichtig hinweg [64]. Hierdurch erklärt sich nun, wenn Paulus *L.* 5. *D. h. t.* sagt: Et quidem sine exceptione. Mehr als Wahrheit gehört nun aber zur Güte der abgetretenen Schuld. Diese betrifft die Zahlungsfähigkeit und guten Vermögensumstände des Schuldners. Ulpian sagt: *locupletem esse debitorem*, welches Hermogenian so erklärt, ut exigi etiam aliquid possit. Also daß die abgetretene Schuld auch wirklich beygetrieben und erhoben werden könne, gehört zur Güte derselben, und für diese darf der Cedent nicht haften. Der Grund liegt in der Natur der Sache selbst. Denn der Cedent braucht nicht mehr zu gewähren, als was er wirklich verkauft hat, (nomen quale fuit). Dies ist nichts anders als die Schuld selbst. Ist diese an sich wahr, so hat der Cedent seiner Verbindlichkeit ein Genüge gethan, der Schuldner sey zahlungsfähig oder nicht. Denn das Unvermögen des Schuldner's hebt das Recht des Gläubigers nicht auf, und kann daher auch dem Cedenten nicht zur Last fallen, weil der Cessionar nicht mehr Recht erwerben kann, als der Cedent hatte, Der Cessionar übernimmt also die ihm abgetretene Schuld in dem Zustande, wie sie dem Cedenten zugehörte. Er muß also auch die Gefahr tragen [65]. Ob die Abtretung

64) S. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 5. S. 41. und S. 49.

65) *L.* 17. *in fin. de hereditat. petit.* *L.* 31. *pr. D. de action. emti et vend.* S. *Ant.* FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 7. *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. Lib. XXI. Tit. 2. nr. 24 — 85. und *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 17. et 18.

tung der Schuld durch einen bloßen Verkauf, oder an Zahlungs Statt geschahe, macht keinen Unterschied [66]). Denn auch die Abtretung einer Sache an Zahlungs Statt ist mit Recht als ein Kauf zu betrachten. **Papinian** lehrt dieses überdem ganz bestimmt, wenn er *L.* 96. §. 2. *D. de Solut.* sagt: Soror, cui legatum ab herede fratre debebatur, post motam legati quaestionem transegit, ut *nomine debitoris contenta* legatum non peteret: placuit, quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio secuta esset, tamen *nominis periculum ad eam pertinere.* Itaque si legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi. Es ist hierin auch gar nichts Unbilliges zu finden. Denn haben sich die Vermögensumstände des Schuldners erst nach der Cession verschlimmert, so ist dieß ein Unglücksfall, wofür der Cedent, als Verkäufer, ohnehin nicht haften darf, weil ja die Gefahr gleich nach geschlossenem Kaufe auf den Käufer übergeht [67]). Um so billiger trifft hier also den Cessionar der Schade, weil ihm von Zeit der geschehenen Cession an auch das emolumentum iuris gehört. **Neratius** sagt *L.* 31. *pr. D. de act. emti et vend.* Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam *periculo tuo* tibi praestare debebo, *ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.* Gesetzt aber auch, daß schon zur Zeit der Cession die Umstände des Schuld-

66) Anderer Meinung ist zwar WORDENHOFF cit. Diss. Cap. III. §. 6. Allein die *L.* 96 §. 2. *D. de solut.* steht seiner Meinung geradezu entgegen. S. **Thibaut** Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 180.

67) §. 3. *I. de emt. et vendit.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. in fin.

Schuldners mißlich gewesen wären, so war es ja der Cessionar seiner eigenen Vorsicht schuldig, sich darum zu bekümmern [68]). Der Verkäufer konnte also mit Recht voraussetzen, es sey geschehen, und der Cessionar habe sich diese Umstände gefallen lassen [69]). Ueberdem konnten auch die Umstände des Schuldners immerhin schlecht seyn, und der Cessionar es dennoch für möglich halten, von dem Schuldner die Bezahlung der ihm abgetretenen Schuld zu erhalten. Denn es kommt bey der Beurtheilung der Güte einer Forderung nicht gerade darauf an, ob der Schuldner Zahlung in baarem Gelde leisten könne. Genug wenn die Güter des Schuldners noch soviel am Werth betragen, daß durch Abtretung an Zahlungsstatt nach einer beliebigen Taxe die Schuld getilgt werden kann [70]).

Es giebt indessen Ausnahmen, wo derjenige, welcher eine Schuldforderung gegen Vergeltung abgetreten hat, sowohl für die Richtigkeit, als Güte derselben stehen muß. Die oben angeführten Gesetze geben zwey Fälle an. 1) Wenn der Cedent eines Betrugs überführt werden kann (dolum praestare cogitur): Da jedoch ein Dolus im Zweifel nie vermuthet wird, sondern, wie *L. 6. Cod. de dolo malo* sagt, ex indiciis perspicuis erwiesen werden muß;

68) *L. 19. D. de div. reg. iur.*

69) *L. 26. §. 2. D. Mandati.* *L. 3. in fin. D. de fideiuss.* *L. 3. in fin. D. Ut in possess. legator.* S. *Christfr.* WAECHTLER Comment. ad L. 74. §. 3. D. de Evict. (in *Opuscul.* a *Christ. Henr.* TROZ edit. pag. 177. sq.) *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano ad eand. L. §. 4. pag. 503. Westphal vom Kaufe §. 832.

70) MEVIUS P. IX. Decis. 185.

muß [71]); so ist es noch für keinen hinlänglichen Beweis zu halten, wenn der Cedent die schlechten Vermögensumstände des Schuldners zur Zeit der Cession gewußt hat. Denn wie wenn sie dem Cessionar auch eben so gut bekannt wären? oder der Cedent wenigstens diese Wissenschaft bey dem Cessionär mit Grund voraussetzen konnte? oder der Cedent Grund hatte, zu glauben, der Cessionar werde nichts einbüßen, weil dem Schuldner Mittel zu Gebote stünden, seine Umstände zu verbessern [72])? Es läßt sich auch daraus noch kein dolus von Seiten des Cedenten vermuthen, daß bald nach der Cession über das Vermögen des Schuldners ein Concurs ausbrach [73]), wenn nicht aus andern dabey eintretenden Umständen und Verhältnissen des Cedenten, insondernheit aus seinem Benehmen bey dem Cessionsgeschäft dringende Anzeigen eines begangenen Betrugs hervorgehen. Dahin gehört, wenn der Cedent dem Cessionar, seiner Erkundigung ungeachtet, die wahren Vermögensumstände und Verhältnisse des Schuldners, welche ihm zur Zeit der Cession vollkommen bekannt waren, verheimlichte, solche dem Cessionär ganz falsch

71) S. Günth. Heinrich von Berg Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. XXIX. S. 335. f.

72) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 42. Webers Bemerkungen über die Fälle, wo der Cedent einer Schuldforderung nicht nur für die Wahrheit, sondern auch für die Güte derselben haften muß (in dem Archiv für die theor. u. pract. Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeben von Hagemann und Günther 5. Th. Nr. I. §. 3.) und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. Th. §. 187.

73) Anderer Meinung ist BRUNNEMANN Centur. I. Decis. 72. Allein man sehe WORDENHOFF Diss. cit. Cap. I. §. 9. pag. 337.

falsch vorstellte, und denselben dadurch zum Kaufe verleitete [74]. 2) Der andere Fall ist, wenn der Cedent auch für die Güte der Schuld zu stehen, sich durch Vertrag verpflichtet hat. Ulpian giebt diesen Fall in den Worten zu erkennen: *nisi aliud convenerit*. Da jedoch ein solches Versprechen von der Regel abweicht, so muß es ganz deutlich und bestimmt ausgedrückt seyn, weil sonst in zweifelhaften Fällen die Auslegung gegen den Cessionar zu machen ist [75]. Das bloße Versprechen einer Evictionsleistung ist daher nicht hinreichend, um den Cedenten auch für die Güte der abgetretenen Schuld verantwortlich zu machen, weil es in rechtlichen Sinn weiter nichts, als eine Gewährung der Richtigkeit der Schuld, ausspricht [76]. Non est enim verisimile, sagt Papinian *L. 4. pr. D. de Usuris*, plus venditorem promisisse, quam *iudicio emti* praestare compelleretur. Da indessen bey Verträgen

74) S. WORDENHOFF cit. Diss. Cap. III. §. 1. pag. 368. und Westphal vom Kauf §. 832. a. E.

75) *L. 47. D. de Obligat et Act. L. 99. pr. D. de Verb. Oblig.* Ob das Versprechen, den Cessionar schadlos zu halten, zur Gewährung der Güte der demselben abgetretenen Schuld verpflichte, ist streitig. MEVIUS P. IX. Decis. 197. zweifelt daran. Allein das Gegentheil zeigt WORDENHOFF cit. Diss. Cap. III. §. 2. pag. 369. Ist das nomen als eine gute und Zahlbare Schuld cedirt worden, so hat es wohl keinen Zweifel, daß der Cedent auch für die Güte derselben stehen müsse.

76) LEYSER Meditat ad Pand. Vol. III. Specim. CXCIX. med. 3. *Leonh. Lud.* MENCKEN Diss. de evictione in cessione nominis praestanda. *Vitemb.* 1738. §. 6. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 17. et EMMINGHAUS ad Eundem. Not. 1. Anderer Meinung ist MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* T. II. Fasc. II. Obs. 416.

gen vorzüglich darauf Rücksicht genommen werden muß, quid actum sit inter contrahentes [77]), so bleibt es freylich dem billigen Ermessen des Richters überlassen, aus den Umständen zu beurtheilen, ob etwa eine andere Absicht der Contrahenten sich zu Tage legen sollte [78]). Sollte aber auch die Verpflichtung des Cedenten, für die Güte der Schuld zu stehen, an sich keinem Zweifel unterworfen seyn; so kann dennoch auch diese Verpflichtung, der Natur der Sache gemäß, nur von der Zeit verstanden werden, da die Cession geschehen, oder die Zahlung gefällig ist. Denn daß der Schuldner auf immer in guten Vermögensumständen bleiben werde, konnte der Cedent unmöglich, und wollte es auch vernünftig nicht versprechen [79]). Ueberhaupt aber darf der Verkäufer künftige Fälle nicht vertreten [80]). Eine Ausnahme von jener Regel findet 3) in dem Falle Statt, wenn die Frau eine an einen Dritten habende Schuldforderung ihrem Mann als Heyrathsgut cedirt. Hier darf der Mann, wenn ihn auch die Gesetze [81]) dem Käufer eines nominis in so weit gleichstellen, daß er gegen den Schuldner der Frau actione utilii in eignem Namen klagen kann, dennoch die Gefahr des nominis cessi

77) *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. et vend.*

78) BRUNNEMANN de ceff. action. Cap. V. nr. 61. und Weber in den angef. Bemerkungen §. 4. S. 8.

79) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. MEVIUS P. I. Decif. 93. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 43. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts 1. Band. h. t. §. 9.

80) *L. 11. D. de evict.* PAULUS respondit, futuros usus evictionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere.

81) *L. 2. C. de Obligat. et Action.* Man sehe oben S. 388.

cessi nicht tragen, wenn ihm nur wegen zeitiger Beytreibung der Schuld keine Nachläßigkeit zur Last fällt. Der Grund liegt in der Natur des Heyrathsguts, welches nach getrennter Ehe zurückgegeben werden muß [82]). Das Heyrathsgut bleibt daher auch Eigenthum der Frau, quamvis in bonis mariti sit, wie **Tryphonin** *L.* 75. *D. de iure dot.* lehrt. Diesem zu Folge sagt nun **Paulus** *L.* 49. *pr. D. Soluto matrimon.* Maevia marito suo, inter alias res dotis, etiam instrumentum solidorum decem tradidit, quo Otacilius eidem Maeviae caverat, daturum se, cum nuptum ire coepisset, decem millia. Ex eo instrumento maritus nihil exegit, quia nec potuit. Quaesitum est, si dos a marito petatur, an compellendus sit etiam illam summam, quae instrumento continetur, refundere? Respondi, *potuisse quidem eum, cui actiones mandatae sunt, debitorem convenire: sed, si sine dolo malo vel culpa exigere pecuniam non potuit, neque dotis nomine eum conveniri posse, neque mandati iudicio.* Ein Anders wäre, wenn die Frau dem Mann das Heyrathsgut versprochen, und dann mit Einwilligung desselben ihm ihren Schuldner delegirt hätte. Hier gilt dann, was **Ulpian** sagt, *L.* 35. *D. de iure dot.* Coepit viri esse periculum, cum antea mulieris fuisset. Von eben diesem Falle ist **Paulus** zu verstehen, wenn er *L.* 41. §. 3. *D. eodem* sagt: Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur [83]), et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit; magis peri-

82) S. *Ant.* FABRI Conjectur. iuris civilis Lib. XII. cap. 8.

83) *Promittere* wird hier für expromittere gebraucht, wie aus *L.* 36. *et L.* 53. *D. de iure dot.* erhellet.

periculum ad mulierem pertinere placet. Nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit [84]). *Quod si iam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit: periculum viri esse, quod sciens [85]) tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.* Man pflegt noch 4) eine Ausnahme in dem Falle zu machen, da eine Schuldforderung zum Unterpfande gegeben, und diese auf den Fall nicht erfolgender Reluition dem Gläubiger cedirt worden ist [86]). Nun hat zwar freylich die Veräußerung einer Schuldforderung mit der Verpfändung derselben viele Aehnlichkeit. Denn beyde, sowohl derjenige, an welchen ein nomen veräußert worden, als derjenige, dem es verpfändet ist, haben das Recht, von einem Dritten eine Zahlung zu fordern, wozu sich dieser nicht gegen sie, sondern gegen einen Andern verbindlich gemacht hat. Bey der Cession sowohl, als bey der Verpfändung eines Nominis dauert ferner das Recht

84) Man sieht hieraus, daß auch bey der Delegation die Gefahr nicht eher auf den Gläubiger übergeht, als von der Zeit an, da die Schuld exigibel ist; um so weniger bey der Cession.

85) *Sciens* wird hier nicht dem ignorans entgegengesetzt, sondern heißt so viel, als ultro, sua sponte, et sine diligentiori inquisitione, aut exactiori cautione, wie *Desid.* HERALDUS Observat. et Emendation. libr. cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1318.) diese Stelle ganz richtig erklärt hat. Ob der Gläubiger, und in der gegenwärtigen Gesetzstelle der Ehemann, die Zahlungsunfähigkeit des ihm delegirten Schuldners gewußt habe oder nicht, kommt nicht in Betrachtung, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum. *L. 26. §. 2. D. Mandati.*

86) S. WORDENHOFF cit. Diss. Cap. 3. §. 5.

Recht des ursprünglichen Gläubigers an sich fort. Der Schuldner kann daher, so lange er von der geschehenen Veräußerung, oder Verpfändung nicht unterrichtet ist, mit Sicherheit dem ersten Gläubiger Zahlung leisten [87]), und beyde fordern dann das Bezahlte blos von dem Empfänger wiederum ab [88]). Diese große Aehnlichkeit veranlaßte auch, daß, nach dem Beyspiel des Pfandgläubigers, auch dem Cessionar eine actio utilis in eignem Namen gegen den Schuldner gestattet ward [89]). Dessen ungeachtet aber ist doch Verpfändung einer Schuld keine wirkliche Cession. Beyde Arten der Rechtsgeschäfte sind von einander ganz verschieden. Denn bey jener verbleibt das Eigenthum der Forderung dem Verpfänder, bey dieser aber geht die Absicht der Contrahenten dahin, daß das Recht des Cedenten aufhören, und auf den Cessionar übergehen soll. Bey der Veräußerung des Nomen soll sich daher der Erwerber das Objekt oder den Vortheil des Rechts zueignen; bey der Verpfändung hingegen soll es ihm nur zur Sicherheit gewähren. Es ist demnach wohl eine ganz natürliche Folge, daß dem Cessionar der Schade trifft, wenn der Schuldner unvermögend ist, die Schuld zu bezahlen. Denn er hat das Risiko übernommen, ob die Schuld eingehen werde oder nicht. Anders ist es bey der Verpfändung. Hier trägt der Verpfänder die Gefahr als Eigenthümer [90]). Der Pfandgläubiger behält demnach sein Recht gegen ihn, wenn

87) *L. ult. D. de Transact. L. 4. Cod. Quae res pignori.*

88) *L. 23. §. 1. D. h. t, L. 18. pr. D. de pignor. act. L. 13. §. 2. D. de pignor.*

89) *L. 7. et 8. Cod. h. t.*

90) *L. 9. Cod. de pignerat. act.* MEVIUS T. II. P. IX. Dec. 168.

wenn die verpfändete Schuld unbezahlt bleibt. Der Schade der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners trifft ihn nur insofern, als er dadurch an Sicherheit verliert [91]). Da auch eine bloße Anweisung, von einem Dritten eine Schuld zu erheben, um sich dadurch bezahlt zu machen, keine Cession, sondern ein reines Mandat ist [92]); so kann man es für keine Ausnahme von der Regel halten, wenn der Assignatar für keine Gefahr steht, sondern der Assignant die Güte der angewiesenen Forderung gewähren muß [93]). Schon das Sprüchwort sagt, Anweisung ist keine Zahlung [94]). Zuweilen darf jedoch der Cedent für gar nichts stehen. Dies ist der Fall, wenn dem Cessionar die Schuld als eine ungewisse und streitige Forderung abgetreten wurde. Hier darf keine Gewähr geleistet werden, der Prozeß gehe aus, wie er wolle, wenn nicht ein Anderes ausgemacht worden ist [95]). Denn die Cession ist hier als ein bloßer Hofnungskauf zu betrachten [96]). Es muß nur aber der Cedent nicht arglistig gehandelt, und wissentlich eine ihm gar

91) S. Gesterding Ueber die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. §. 12.

92) S. den 15. Th. dieses Commentars §. 950. S. 241.

93) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Disp. de assignatione nominis. §. 25. et §. 42. (in *Eiusdem* Dissertation. academicar. Vol. II. Disp. LVI.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 43. in fin. Schweppe Römisches Privatrecht 2. B. §. 356.

94) S. Eisenhart's Grds. der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 4. Abth. Nr. LVI. S. 428. f.

95) *L.* 10. *D. h. t.* *L.* 13. *D. eodem.* *L.* 27. *Cod. de evict.* WORDENHOFF cit. Diss. Cap. I. §. 9. Westphal vom Kauf. §. 833.

96) *L.* 11. *D. h. t.*

gar nicht zustehende Forderung als eine blos ungewisse verkauft haben [97]). Denn hier muß er billig das Interesse leisten [98]).

§. 1024.

Lex Anastasiana.

Obwohl durch die Cession einer Forderung die Natur der Verbindlichkeit an sich nicht geändert wird; so wollen doch auch die Gesetze nicht, daß die Schuldner dadurch der Chikane und den Bedrückungen habsüchtiger, blos auf fremde Schulden spekulirender Cessionare Preis gegeben werden möchte. Um diesem Uebel Einhalt zu thun, verordnete zuerst der für das Wohl der Schuldner besorgte Kaiser Anastas, daß der Käufer einer Forderung von dem Schuldner nicht mehr sollte einklagen können, als das von ihm dem Verkäufer dafür Gegebene, und die davon erlaubter Weise zu berechnenden Zinsen betragen. Es ist diese Verordnung unter dem Namen der *Lex Anastasiana* bekannt, und in der merkwürdigen *L.* 22. *Cod. Mandati* enthalten [99]). Man hat nicht nöthig, die Veranlas-

97) *L.* 12. *D. eodem.*

98) *L.* 5. *D. h. t.*

99) *Henr. Ern.* FLOERKE Diss. de Lege Anastasiana. *Ienae* 1691. *Frid. Ulr.* PESTEL Diss. de eod. arg. *Rintel.* 1732. *Io. Aug.* BACH Exercit. iur. civ. de Lege Anastasiana. *Lipsiae* 1755. in EIUS *Opuscul.* a *Klotzio* collect. *Halae* 1767. Nr. IX. p. 363. sqq. *Io. Pet.* BRUNS Diss. Bonus debitor cessus a cessionario oppressus, sed ab Anastasio defensus in L. 22. Cod. mandati. *Duisburgi* 1778. *Bern. Henr.* REINOLDI Diss. ad Legem Anastasianam XXII Cod. Mandati. (in *Eius* Opuscul. iurid. a *Inglero* edit. pag. 279. sqq.) Gmelins kursorische Betrachtungen über das sogenannte Anastasianische Gesetz. (in den gemein-

anlassung zu dieser wohlthätigen Legislation, wie gewöhnlich geschieht, von der Lex Cincia, oder einer neuern unter dem Kaiser Claudius wegen der Advocatengebühren getroffenen Einrichtung, von der schon an einem andern Orte dieses Commentars [100]) gehandelt worden ist, herzuleiten. Der Advocaten wird so wenig, als der Sachwalter, auch nur entfernt gedacht. Es soll vielmehr ohne Ansehen der Person des Cessionars, wes Standes, Alters, oder Geschlechts er sey, die Klage auf keine größere Summe zugelassen werden, als der Kläger selbst dafür gegeben hat. Man lese das Gesetz, und schon der Eingang zu demselben wird uns den natürlichsten Aufschluß geben. Er lautet folgendermaßen.

Per diversas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare: hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere: cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, iura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle [x]). Per hanc itaque legem iubemus, trans-

meinnütz. jurist. Beobachtungen u. Rechtsfällen. IV. Band S. 185. ff.) *Car. Frid.* CURTIUS Diss. de finibus exceptionis legis Anastasianae caute regundis *Lipsiae 1789.* und *Io. Christ.* SCHELE Specim. de iustis limitibus lege Anastasiana nominis cessioni positis. *Helmstadii 1794.*

100) 5. Th. §. 369. S. 116.

x) Der Gesetzgeber giebt hier sehr treffend die Motive seiner Verordnung an, wenn er erzählt: Durch mehrere Fälle, die ihm vorgetragen worden, habe er die Erfahrung gemacht, daß es

in posterum huiusmodi conamen inhiberi: nec enim dubium est, redemtores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, *ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem, et usurarum eius actiones exercere permittatur:* licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit: exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit: et his, quascunque, vel creditor, vel is, qui res aliquas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit: nec non his, quas inter legatarios, seu fideicommissarios, quibus debita, vel actiones, seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione

es Leute gäbe, die, um fremdes Gut zu erbeuten, sich daraus ein eigenes Geschäft machten, Forderungen, die Andern zugehören, an sich zu handeln, und die Abtretung derselben auf sich ausfertigen zu lassen; und alsdann allerley Chikanen anwenden, um die erhandelten Forderungen von den Schuldnern herauszupressen. Denn gewöhnlich seyen dieß ungewisse Forderungen, weil bey gewissen und unbezweifelten Schulden diejenigen, die sie zu fordern hatten, ihr Recht vielmehr selbst verfolgen, als dasselbe auf andere erst übertragen würden. — Wo steht hier ein Wort, daß das Anastasianische Gesetz gegen die eigennützigen Verträge der Advocaten mit ihren Clienten gerichtet gewesen sey? wie gleichwohl Bach, Reinold, Schele und fast die meisten behaupten. FLOERCKE cit. Diss. Cap. I. §. 11. glaubt, der Hauptzweck des Anastasianischen Gesetzes sey Verhütung der dem Wohl der Bürger höchst nachtheiligen Menge der Prozesse. Allein man sehe Gmelin in den angeführten kursor. Betrachtungen §. 133. ff.

tione intercedente redemtor (ſicuti ſuperius declaratum eſt) magis exiſtit, qui alienas pecuniis praeſtitis ſubiit actiones. Si autem per donationem ceſſio facta eſt: ſciant omnes huiusmodi legi locum non eſſe: ſed antiqua iura eſſe ſervanda: ut ceſſiones, tam pro exceptis et ſpecialiter enumeratis, quam aliis cauſis factae ſeu faciendae ſecundum actionum, quaecunque ceſſae ſunt, vel fuerint, tenorem, ſine quadam imminutione obtineant.

Juſtinian hat dieſes Geſetz nicht nur erneuert, ſondern auch den Umfang deſſelben dahin erweitert, daß er die Ausflucht, der Ceſſionar habe die Forderung zum Theil gekauft, und zum Theil zum Geſchenk erhalten, verwarf, und ſie für einen bloßen Kunſtgriff erklärt, deſſen man ſich bedient habe, um die heilſame Verordnung des Anaſtas zu umgehen und unwirkſam zu machen. Dieſe Verordnung iſt in der *L.* 23. *Cod. eodem.* enthalten, und lautet folgendermaſſen:

Ab *Anaſtaſio* divae memoriae principe iuſtiſſima conſtitutio conſcripta eſt tam humanitatis, quam benevolentiae plena: *Ut ne quis alienum ſubeat debitum, ceſſione in eum facta, et ne amplius a debitore conſequatur his, quae praeſtitit ceſſionis auctori;* exceptis quibusdam caſibus, qui ſpecialiter illa ſanctione continentur. Sed cum hi, qui circa lites morantur, eandem piam diſpoſitionem in ſua natura remanere minime conceſſerint, invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem: generaliter Anaſtaſianae conſtitutioni ſubvenientes, ſancimus, *nulli licere partem quidem*

dem

dem debiti cedere pecuniis acceptis, et venditione actionum habita; partem autem donationis titulo videri transferre: sed si voluerit debitum totum pure donare, et per donationem actiones transferre: non occulte, nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem, huiusmodi enim cessionibus non adversamur. §. 1. Si quis autem occulte aliud quidem agere conatur, et pecunias pro parte accipit, et vendit particulatim actiones, partem autem donare simulat, vel ipsi, qui emtionem actionis partem subit, vel forsitan alii per suppositam personam, (quia et hoc saepius perpetratum esse dicimus) huiusmodi machinationem penitus amputamus, *ut nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit: sed omne, quod superfluum est, et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus: et neque ei, qui cessit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.* §. 2. Sed et si quis donationem quidem omnis debiti facere adsimulaverit, ut videatur esse tota donatio, aliquid autem occulte susceperit: *et in hoc casu tantummodo exactionem sortiri eius, quod datum esse comprobetur, et si hoc a debitore persolvatur, nulla contra eum vel substantiam eius ex dissimulata donatione oriatur molestia.*

Aus der Vergleichung beyder Verordnung erhellet, I. daß die Lex Anastasiana blos von einem Kaufe solcher Klagen spricht, deren Gegenstand ein debitum pecu-

pecuniarium ist. Die Worte der *L.* 22. *C. cit.* ut si quis *datis pecuniis* huiusmodi subierit cessionem; und die Worte der *L.* 23.: ut ne quis *alienum subeat debitum*, cessione in eum facta, desgleichen: nulli liceat *partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis, et venditione actionum habita*, überzeugen uns, a) daß das Anastasianische Gesetz blos auf Geldschulden gehe, nicht auf dingliche Klagen, deren Gegenstand zuerst taxirt werden müßte [2]). Actionen im eigentlichen Sinn des Röm. Rechts entstehen ja überhaupt nur aus Obligationen. Daher sagt Ulpian *L.* 178. §. 2. *D. de Verbor. Signif.* plerumque *actiones personales* solemus dicere. Auch das Wort *debitum* bezieht sich blos auf Obligationen [3]). Mag also immerhin das Anastasianische Gesetz in seiner Art für die Schuldner heilsam seyn. An sich ist es doch exorbitant. Denn der Cessionar, als Stellvertreter des Cedenten, sollte eigentlich immer alles, was dieser wirklich zu fordern hat, vom Schuldner einklagen können. Die Regeln der Interpretation lassen demnach hier keine ausdehnende Erklärung zu. Daher ist auch b) das Gesetz auf andere Geschäfte, außer den Kauf nicht zu erstrecken, sollten sie auch sonst mit den Kaufe eine Aehnlichkeit haben, wie z. B. eine datio in solutum, oder ein Tausch [4]). II. So wenig jedoch die Anwendung dieses Gesetzes über den wörtlichen Aus-

2) Anderer Meinung ist Gmelin a. a. O. §. 137.

3) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 100. der 4. Aufl. Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 323.

4) LENZ Tr. de nominib. et act. ceff. Cap. 25. nr. 15. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 80. Anderer Meinung sind jedoch VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 18. BACH cit. Diff. §. 3. in *Opusc.* pag. 376. und MALBLANC Princip. iur. Rom. T. III. §. 548.

Ausdruck desselben ausgedehnt werden darf, eben so wenig darf es aber auch gegen denselben und seine Absicht eingeschränkt werden. Es streitet demnach gegen die Worte des Gesetzes, wenn einige Rechtsgelehrten [5]) den Satz aufstellen, daß bey ganz klaren und unbezweifelten Forderungen das Anastasiansche Gesetz keine Anwendung finde. Man hat sich hier offenbar durch die Worte: quum certum sit, *pro indubitatis obligationibus* eos magis, quibus antea suppetebant, iura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle, irre führen lassen, ohne zu bedenken, daß diese Worte nicht zur Sanction, sondern zur Geschichte von der Veranlassung des Gesetzes gehören. Die Sanction selbst, welche deutlich und kategorisch gefaßt ist, will überhaupt, daß der Käufer einer Schuld mehr nicht von dem Schuldner zu fordern berechtiget seyn solle, als er selbst dem Cedenten dafür bezahlt hat, ohne zwischen gewissen und ungewissen Forderungen zu unterscheiden. Diese allgemeine Verordnung aus dem, was der Gesetzgeber im Eingange seiner Legislation blos historisch zur Rechtfertigung derselben anführt, einschränken zu wollen, ist gewiß eine sehr unsichere, ja offenbar unrichtige Auslegungsart; zumal wenn der Gesetzgeber schon selbst, wie hier geschehen ist, die Fälle ausgenommen hat, welche unter der Sanction seines Gesetzes nicht begriffen seyn sollen. Mit Recht ist daher

5) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. c. 12. LENZ Tr. de nominib. et act. ceſſ. Cap. XXV. Pr. nr. 4. SANDE de Ceſſione act. Cap. XI. §. 25. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 181. FLOERCKE cit. Diſſ. Cap. III. §. 1. STRYK Cautel contract. Sect. IV. cap. 2. §. 19. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIII. Th. 82. lit. *δ.* nr. VI. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. Not. 2. Westphal Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts 1. Th. h. t. §. 7. S. 94.

daher diese Meinung von andern [6]) verworfen worden. III. Eine eben so irrige, selbst dem Wortverstande entgegenstreitende Erklärung ist es, wenn mehrere angesehene Rechtsgelehrten [7]) das Anastasianische Gesetz blos auf den Fall beschränken wollen, da der Käufer der Klage den Cedenten aus gewinnsüchtigen Absichten zum Contract verleitet hat. Die *L.* 22. nimmt darauf keine Rücksicht, sondern erklärt jeden für einen redemtor litium alienarum, welcher in einem vom Gesetz nicht ausgenommenen Falle eine fremde Schuld für einen geringern Preis, als dieselbe der Summe nach beträgt, an sich handelt. Dahingegen spricht die *L.* 23. *C. Mandati* ausdrücklich vom Cedenten, wenn sie alle Cumulation einer vorgeblichen Schenkung mit der vollzogenen Vendition verwirft. Ueberhaupt aber konnte der Umstand, wer die erste Veranlassung zu diesem Handel gegeben, und ob ihn der Verkäufer dem Käufer angeboten, oder der letztere den erstern zum Contract verleitet habe, gewiß dem Gesetzer nur desto gleichgültiger seyn, je weniger dem Schuldner, dessen Schutz gegen Chikanen doch immer der Hauptgesichtspunkt der Ana-

6) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 73. *Bern. Henr.* REINOLDUS Varior. Cap. 32. (in *Opusc.* pag. 104. sqq.) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. w. Gmelin in den kursor. Betrachtungen §. 139. BACH cit. Diss. §. 3. (in *Opusc.* p. 376.) und von Lindemann Abhandl. betreff. d. Frage: Ob auch in klaren und unbezweifelten Verbindlichkeiten das Gesetz des K. Anastas Anwendung erhalte? Rostok 1782. MALBLANC Princip. iuris Rom. Tom. III. §. 548. p. 453. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 980.

7) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. FRANTZKE Resolution. Lib. I. Qu. 8. nr. 44. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 181. CURTIUS cit. Diss. Sect. I. §. 3.

Anastasianischen Legislation ist, selbst daran liegen kann [8]). IV. Man öffnet ferner der Chikane offenbar den Weg aufs neue, den ihr das Gesetz verschließen wollte, wenn man behauptet, der Preis, den der Cessionar für die erhandelte Schuld bezahlt hat, sey nicht blos nach der Größe und dem Betrage der Schuldsumme zu beurtheilen, sondern dabey zugleich auf die Gewißheit, und Sicherheit der Forderung, Beschaffenheit der Beweismittel, Leichtigkeit oder Schwierigkeit der Erhebung, den Charakter des Schuldners, so wie nicht minder auf die Umstände der Zeit und des Orts Rücksicht zu nehmen, in deren Betrachtung dann ein Preis von 80. 70. 60. 50, oder auch eine noch geringere Summe für eine Forderung von 100 Fl. als ein verhältnißmäßig gerechter Preis erscheinen könne, der alle Anwendung des Anastasianischen Gesetzes ausschließe [9]). Ist nun aber dieß nicht der gerade Weg, das ganze Gesetz unwirksam zu machen? Wie leicht wäre es nicht der Chikane fast in jedem Falle, wo dem Kläger die Einrede des Anastasianischen Gesetzes entgegengesetzt wird, dergleichen Umstände vorzubringen, welche die vorgeschützte Einrede vernichten würden? Kann dieses wohl der Wille des Gesetzgebers seyn? Das Gesetz sagt ja deutlich genug, daß der Käufer einer Schuldforderung vom Schuldner nicht mehr, als das wirklich gezahlte Geld nebst Zinsen einzufordern berechtiget seyn solle. Warum will man

8) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCIII. medit. 2. Gmelin's angef. Betrachtungen §. 139. S. 205. ff. u. Fried. von Bülow's u. Theod. Hagemanns Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. Band XL. Erört. S. 221. ff.

9) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 61—63. SCHELE cit. Diss. §. 19. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 980.

man denn diese deutliche Bestimmung des Gesetzes durch eine so schwierige Erklärung der Chikane Preis geben? Man bleibe also auch hier bey den Worten des Gesetzes stehen, und man hat gewiß den sichersten Leitfaden. V. Da das Gesetz blos den Vortheil des Schuldners beabsichtiget, so kann wohl der Ueberrest der Forderung, den der Cessionar nicht bezahlt hat, und wegen dessen ihm nun auch der Vorwand einer ihm damit gemachten Schenkung nichts mehr hilft, keinem Andern, als dem Schuldner, zu Gute kommen. Dieß spricht schon der Geist der Anastasianischen Verordnung aus. Justinian aber hat es in seiner Verordnung *L.* 23. *C. Mandati*, welche man mit Recht als eine authentische Interpretation der Verordnung des Anastas ansehen kann, in folgenden Worten deutlich ausgedrückt: Sed omne, quod *superfluum* est, et per figuratam donationem translatum, *inutile esse* EX UTRAQUE PARTE *censemus*, et neque ei, *qui cessit actiones*, neque ei, *qui eas suscipere curavit*, aliquid *lucri* vel fieri vel remanere, *vel aliquam* CONTRA DEBITOREM, *vel res ad eum pertinentes esse* UTRIQUE EORUM ACTIONEM. Und dennoch konnte unter den Rechtsgelehrten darüber ein Streit entstehen, wem dieser Ueberrest gebühre? Dem Fiskus kann er wohl unmöglich zuerkannt werden, wie einige [10]) behaupten wollen, da für ihn kein Gesetz spricht, und die Gesetze [11]) selbst verordnen, daß man im Zweifel immer gegen ihn entscheiden solle. Eben so wenig ist aber auch die Meinung derjenigen [12]) den Gesetzen gemäß, welche einen

10) CARPZOV Responsor. iur. Lib. V. Resp. 33. nr. 35. sqq. und MEVIUS P. III. Decis. 1.

11) *L.* 10. *D. de iure fisci.*

12) *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. Legg. Cod. ad L. 22. et

einen Unterschied machen, ob der Verkäufer der Forderung, blos durch den Dolus des Käufers zur Cession verleitet, seiner Seits bona fide und ohne alle Simulation gehandelt, oder mit dem Cessionar zur Hintergehung des Gesetzes colludirt habe; und in dem erstern Falle den Ueberrest dem Cedenten, in dem letztern aber dem Schuldner zubilligen wollen. Die Gründe, der Cedent habe in jenem erstern Falle nichts Strafwürdiges begangen, kein Gesetz stehe ihm entgegen, welches ihn des Ueberschußes verlustig erkläre; — es sey unbillig, daß sich der Schuldner mit desselben Schaden bereichere; — dem Cedenten gebühre der Ueberrest schon darum, weil die Cession in Rücksicht desselben für nicht geschehen erklärt werde; und nur in dem letztern Falle sey ihm das Gesetz entgegen, da er mit dem Käufer colludirt und selbst arglistig gehandelt habe; — sind offenbar unbedeutend. Denn das ganze Raisonnement beruhet auf einem in die Augen leuchtenden Mißverstande der *L.* 23. *C. cit.* Aus dem Inhalt desselben geht klar hervor, daß **Justinian** blos die Absicht gehabt habe, die Verordnung des Kaisers **Anastas**, welche man durch eine gebrauchte List unwirksam zu machen gesucht hatte, zu erklären, und durch eine ausdrückliche Erklärung auf Fälle auszudehnen, welche nach dem Geist des Gesetzes, wenn nämlich keine Chikane dagegen zugelassen werden sollte, schon mit unter der Sanction desselben begriffen waren. Weit entfernt war

et 23. C. Mand. pag. 300. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 75—77. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 19. Not. 1. **Westphals** Rechtsgutachten u. auserles. Erkenntnisse des bürg. Rechts. 1. B. h. t. §. 6. S. 94. und Nr. 28. S. 367. SCHELE Diss. cit. §. 22. CURTIUS Diss. cit. Sect. II §. 10. et 11.

war also seine Absicht, in Ansehung der angegebenen Fälle etwas Neues zu verordnen, was nach dem wahren Sinn des Gesetzes sonst nicht würde Statt gefunden haben. Nein; es ist für keine Einschränkung, sondern für eine bloße Erklärung des Anastasianischen Gesetzes zu halten, was Justinian bey dem diesem Gesetz widerstreitenden Verkauf der Forderungen, im Falle einer dabey vorkommenden simulirten Schenkung, zum Vortheil des Schuldners ausdrücklich verordnet hat, und geht also natürlich auch auf alle andere Fälle; welche in der *L.* 22. selbst ausgedrückt sind. Wollte man das Gegentheil behaupten, und, außer den Fällen der *L.* 23., dem Cedenten den Theil der Schuldforderung zu Gute kommen lassen, der nach der Verordnung des Anastasianischen Gesetzes dem Käufer entgeht, was würde der Schuldner durch das Gesetz gewonnen haben? Wäre nicht vielmehr seine Lage dadurch verschlimmert worden, daß er nun, statt eines Gegners, zwey bekommen hätte? Müßte er den Ueberrest an den Cedenten herausgeben, so würde man ihm wirklich eher rathen müssen, sich der Einrede des Anastasianischen Gesetzes gar nicht zu bedienen, sondern dem Cessionar die ganze Schuld gutwillig zu bezahlen, weil er dann wenigstens von einem neuen Angriffe, dem er sonst von Seiten des Cedenten ausgesetzt seyn würde, nichts mehr zu befürchten hätte. Der Grund, daß die Cession in Rücksicht des Ueberrests für nicht geschehen zu halten sey, beweißt überdem mehr, als er soll. Denn wäre er wahr, so müßte in jedem Falle, selbst der vorgefallenen Collusion ungeachtet, der Ueberrest dem Cedenten zugesprochen werden, welches doch gegen die klaren Worte des Gesetzes streiten würde. Da jedoch

das

das Gesetz ausdrücklich nur die Klage, wegen dieses Ueberschußes, gegen den Schuldner versagt, so scheint es zweifelhaft zu seyn, ob nicht vielleicht die natürliche Verbindlichkeit mit den ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdauernd bleibe, und dem Cedenten z. B. zum Behuf einer Compensation oder Retention von Nutzen seyn könne? Man hat dieses wirklich zu behaupten gesucht [13]), allein, wie mir dünkt, ohne hinlänglichen Grund. Denn der Cedent hat ja sein Recht ganz auf den Cessionar übertragen, und dieses Recht ist auch durch die gerichtliche Verfolgung desselben auf den Cessionar übergegangen. Wie kann also eine Verbindlichkeit fortdauernd bleiben, wo kein Recht mehr existirt? Es streitet aber auch diese Meinung gegen die klaren Worte der *L.* 23. §. 1. *C. Mand.* wo Justinian sagt; Omne, quod *superfluum* est, INUTILE esse *ex utraque parte censemus*, et neque ei, *qui cessit actiones*, neque ei, qui eas suscipere curavit, *aliquid lucri* vel fieri, vel REMANERE. Diese Worte lassen keinen Zweifel übrig, daß die ganze übrige Verbindlichkeit zum Vortheil des Schuldners vernichtet sey. Aus allem erhellet also klar, daß den Ueberrest niemand, als der Schuldner, gewinne, und diese Meinung hat auch den Beyfall der meisten Rechtsgelehrten [14]) für sich. VI. Klage

dem-

13) S. Weber's syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. § 94. S. 403.

14) CUJACIUS Observat. Lib. XVI. c. 16. BRUNNEMANN Tr. de ceff. action. Cap. I. nr. 87. sq. SCHILTER Prax iur. Rom. Ex. XXX. §. 85. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XXIII. Th. 80. FLOERCKE cit. Diff. Cap. V. § 3. et 4. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t Qu. 27. *Fratres* BECMANNI Consilior. et Decis. P. I. Resp. IX. Qu. 5. nr. 32. sqq. BACH Diff. cit. §. 5. WALCH Controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. IV. Subs. I. §. 5. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iur. Tom. I. pag. 266. not. f.

MAL-

demnach der Cessionar auf die ganze Schuld, so kann mit Recht der Schuldner vom Kläger den Beweis verlangen, daß er die volle Summe, welche er von ihm fordert, auch wirklich an seinen Gläubiger, den Cedenten, bezahlt habe. Dieß ist die in der Praxis angenommene Regel, welche sich auch aus der Theorie vollkommen rechtfertigen läßt [15]). Denn mehr, als der Cessionar dem Cedenten bezahlt hat, ist derselbe von dem Schuldner einzuklagen nicht berechtiget. Das Recht auf den Ueberrest hat das Gesetz vernichtet. Die Behauptung des Klägers, er habe den ganzen Schuldbetrag bezahlt, gehört also zum Grunde der Klage. Dieser wird aber von dem Beklagten abgeläugnet oder bestritten. Denn die sogenannte Einrede des Anastasianischen Gesetzes ist nichts anders, als eine negative Litiscontestation [16]). Der Cessionar muß folglich beweisen, daß er die

MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 548. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 80. HOFACKER Princ. jur. civ. R. G. Tom. III. §. 1955. Man sehe auch von Lindemann Abh. betreff. die Frage: wer den Ueberschuß erhält, wenn einem Cessionar die Einrede aus der L. Anast. entgegengesetzt wird? Rostock 1783. 4. und der Gebr. Overbek Meditationen über versch. Rechtsmaterien 1. B. Med. 52.

15) LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. § 72. Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 190. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decis. P. I. Resp. IX. Qu. 4. p. 185. Gmelin u. Elsäßers gemeinnütz. jurist. Beobachtungen. IV. B. Nr. XII. §. 137. S. 201. Fried. von Bülow u. Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen d. Rechtsgelehrs. IV. B. Erört. 40. S. 223. HAUBOLD ad *Bergerum* T. I. pag. 267. not. k. BACH cit. Diss. §. 5. HOFACKER cit. Princip. T. III. §. 1955. MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. III. §. 548. Schönigahn über die Zuläßigkeit des Anastasian. Gesetzes. Wolfenbüttel 1802. §. 33. Gebr. Overbek Meditat. über versch. Rechtsmaterien 7. B. Medit. 385. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. § 80. a. E. und Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 355.

16) *Io. Frid.* SPANGENBERG Tr. Quaestionem sistens: Num Legis

die geklagte Summe mit Recht von dem Schuldner verlangen könne, weil jeder Kläger den Grund seiner Klage beweisen muß, für den keine Rechtsvermuthung streitet. Die Regel, nach welcher sonst der Beklagte den factischen Grund der Einrede, welche er vorschützt, beweisen müsse[17]), kann hier also keinen Grund abgeben, dem Schuldner, welcher sich auf das Anastas. Gesetz beruft, den Beweis aufzubürden, daß weniger für die Schuld bezahlt worden sey, als von dem Cessionar eingeklagt wird. Zwar haben mehrere Rechtsgelehrten[18]) dieses zu behaupten gesucht; allein ihre Gründe widerlegen sich von selbst. Man kann ihnen zugeben, daß die Ansprüche des Cessionars, durch die erwiesene Cession, an sich betrachtet, allerdings begründet sind. Diese Begründung betrifft aber nur die Legitimation zur Sache, von welcher der hier zur Sprache kommende nächste Klagegrund wohl zu unterscheiden ist; denn dieser beruhet auf der quaestio facti, ob der Kläger auch das Recht, die ganze Schuld, so wie er sie jetzt einklagt, von dem Beklagten zu fordern, durch Bezahlung des ganzen Betrags derselben, erworben habe? Diesen Grund der Klage muß der Kläger, da er von dem Beklagten in Streit gezogen wird, natürlich beweisen, und hierzu ist das Geständniß des Cedenten, weil man seinem Zeugniß, wegen besorglicher Collusion, nicht trauen kann, für

gis Anastasianae exceptio, quam vulgo nuncupant, vera sit exceptio, an potius ad negativam litis contestationem referenda? *Ienae* 1805. 8.

17) *L. 9. C. de Except. L. 1. D. eodem.*

18) MEVIUS P. VIII. Decis. 444. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Nr. 66. *Paul. Lud. Ferd.* EBER Diss. de probatione cessionis Legi Anastasianae repugnantis, praes. *Car. Frid.* WALCH def. *Ienae* 1781. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. S. 277. f.

für hinlänglich nicht zu achten, sondern muß durch andere Beweismittel, wozu denn auch die Eidesdelation gehört [19]), ausser Zweifel gesetzt werden.

§. 1025.

Wenn findet das Anastas. Gesetz keine Anwendung? Heutiger Gebrauch desselben.

Folgende Fälle sind jedoch ausgenommen, wo das Anastasianische Gesetz keine Anwendung findet [20]). I. Wenn Miterben und Legatare bey der Theilung sich gemeinschaftliche Forderungen cediren. Hier gilt die Cession auch für einen geringern Preis, um die Unbequemlichkeiten der theilweisen Einforderung und Bezahlung zu umgehen [21]). II. Wenn die Cession zur Tilgung einer Schuld in solutum, oder zur Schützung des Besitzes geschieht. Z. B. wenn ein jüngerer Pfandgläubiger sich das Pfandrecht des ältern, um gegen diesen gedeckt zu seyn; oder der Besitzer einer mit einer Hypothek beschwerten Sache sich die Forderung des Pfandgläubigers, um den Besitz der Sache zu behalten, für einen geringern Preis abtreten läßt [22]). III. Wenn die Cession eine reine Schenkung, oder ein Tausch ist. Denn nur auf den reinen oder mit einer Schenkung vermischten Kauf beschränkt sich die Anwendbarkeit der Anastasianischen Constitution, auf andere Geschäfte kann sie nicht erstreckt werden [23]). Justinian hob zwar

19) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 287.

20) *L. 22. C. Mandati.* Verb. *Exceptis* etc. S. *Io. Ioach.* SCHOEPFER Diss. de cessatione Legis Anastasianae. *Francof. ad Viadr. 1684.* rec. 1717. von Lindemann Abhandl. über die Frage: in welchen Fällen das Anastas. Gesetz keine Anwendung finde? Greifswald 1785. 8.

21) *L. 2. §. ult. L. 3. D. Famil. ercisc.* REINOLD Opuscul. pag. 287.

22) *L. 12. §. 6. D. Qui potior. in pign. L. 22. Cod. de pignor.* MEVIUS P. IV. Decis. 114. SCHOEPFER cit. Diss. Cap. III. nr. 3. et 18. BACH cit. Diss. §. 6. REINOLD Opusc. pag. 288.

23) Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 80.

zwar in einer neuern Verordnung, deren Inhalt Cujaz [24]) aus den Basiliken wieder hergestellet hat, alle die vom Kr. Anastas in seiner Verordnung gemachten Ausnahmen wieder auf. Allein diese Constitution, welche jetzt in der Gothofredischen und Spangenbergischen Ausgabe als die *L. ult. Cod. Mandati* erscheint, gehört zu den nicht glossirten Gesetzen des Codex, welche in Deutschland keine gerichtliche Auctorität haben [25]). Uebrigens aber läßt sich der heutige Gebrauch der Lex Anastasiana mit Grund nicht bestreiten [26]), wiewohl verschiedene Rechtsgelehrten [27]) anderer Meinung sind. Denn der Grund des Gesetzes findet auch noch jetzt Statt; und die in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten allenthalben vorkommenden Rechtssprüche beweisen den lebhaften Gebrauch dieses Gesetzes [28]). Nur bey der Indossirung der Wechsel erlaubt die den Römern unbekannte Strenge des heutigen Wechselprozeßes die Anwendung desselben nicht [29]).

24) Observat. Lib. XVI. cap. 16.

25) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 71.

26) LAUTERBACH l. c. §. 79. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCIII. med. 1. et ad *Eundem* MÜLLER in Observation. pract. Tom. II. Fasc. II. Obs. 423. Joh. Christ. Konr. Schröter vermischte jurist. Abhandlungen 2. B. S. 23. f.

27) *Christ.* THOMASIUS in Diss. de aequitate cerebrina et exiguo usu practico Legis Anastas. *Halae 1717.* u. HOMMEL Rhapsod. quaestion for. Vol. IV. Obs. 531.

28) CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 287. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. I. Resp. 9. et Resp. 26. n. 8. Pütters auserles. Rechtsfälle 3. B. 3. Th. Resp. 302. nr. 31.

29) LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Specim. CCIII. medit. 4. et 5. u. Rahn über die Unzuläßigkeit der Einrede des Anastas. Gesetzes gegen Wechselforderungen. Braunschweig 1802. 8. Man sehe jedoch *Christ. Gottl.* RICCII Exercitat. in univ. ius cambiale. Ex. VI. Sect. II. §. 26—28. und Phil. Carl Scherer's Wechselprozeß §. 99.

Berichtigungen.

S. 453. Not. 80. ist statt usus, casus, und
S. 458. §. 1024. Z. 3. statt die Schuldner, der Schuldner zu lesen.

